

CAI  
PV

-79F63

3 1761 11638118 7



~~Canada Statistics Canada~~  
~~Retail Trade 1966-70~~

Government  
Publications



CA1  
PV  
- 79F63

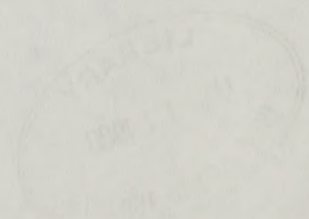
GOVT PUBNS

Discussion Paper

FREEDOM OF INFORMATION LEGISLATION

President of the Privy Council






# FREEDOM OF INFORMATION LEGISLATION

CAI  
PV  
- 79F

## Index

Object	1
Background	1
Exemptions	4
General	4
Time limits	6
Categories	6
a) International Relations, National Defense and National Security	6
b) Cabinet Records	14
c) Opinions and Advice	17
d) Federal-Provincial Relations	21
e) Legal Information	22
f) Personal Information	26
g) Financial, Commercial, Scientific and Technical Information	28
h) Other possible Exemptions	29
Disclosure of the Existence of a document	29
Existing Statutory Provisions	30
The Review Process	39
Administration of the Act	46
Financial Considerations	52



Digitized by the Internet Archive  
in 2023 with funding from  
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761116381187>

## Freedom of Information Legislation

### OBJECT

The object of this paper is to describe considerations for the preparation of legislation designed to grant a right of access to Canadian government information subject to narrowly defined exemptions.

Although simple in its principle, freedom of information is a complex subject whose treatment by legislation requires decision on a whole array of issues which have wide-ranging effects on the functioning of the executive and the administration of some 100 Acts of Parliament. This paper deals with three subjects:

- (a) the government-held information which requires protection from disclosure by way of exemption;
- (b) the relationship of new freedom-of-information legislation to existing statutory provisions; and
- (c) the review process for examination of complaints arising from denial of access.

### BACKGROUND

The issue of the need for freedom-of-information legislation came to the fore in the mid-sixties and has remained a matter of public interest ever since. The introduction of private members' Bills in 1974-1976 and the Green Paper issued by the previous government in June 1977 were helpful in focussing debate on the most critical features of such legislation, namely the exemptions and the complaint review process. The Standing Joint Committee on Regulations and Statutory Instruments spent the following year studying the proposals in the Green Paper and receiving submissions from some 25 groups. The Committee's report of June 1978 advocated exemptions related to national defence, international

and federal-provincial relations, Cabinet documents, policy advice, law enforcement, personal privacy, legal opinions, commercial or financial information and statutory protections. For the examination of complaints it suggested a two-tier review procedure involving first a dispute-resolving Information Commissioner, and then adjudication by the Federal Court. In March 1979, the Secretary of State in the previous government unveiled in a speech proposals for an access to information bill which would have included exemptions such as those identified by the Joint Standing Committee, plus an additional one in the area of national security. His personal view was that complaints should be reviewed by a decision-making Information Commissioner, who would be competent to intervene only in relation to certain categories of exemption, while other categories would be protected by ministerial affidavit. The Canadian Bar Association's proposals, which were publicized at the same time, by and large coincided with those of the Standing Joint Committee.

#### Scheme of the Act

The approach generally suggested for freedom-of-information legislation is to provide access to all government-held records, except those which are exempted. The exemptions would be defined narrowly to protect only those records whose release would be against the public interest. The reasons for this approach are two: first, there should be full access as a matter of principle, except where the public interest dictates otherwise, and the benefit of the doubt should favour access; second, it would be extremely difficult, if not impossible, to start from the opposite ground and define positively just what records should be made accessible; the public's right of access would probably be relatively narrow as a result.

Thus, the scheme of a Freedom of Information Act might be as follows:

- 1) The government would provide ready access to publications explaining the kind of information that is available in the files of government institutions covered by the legislation.

- 2) An individual or corporation could write to a government institution to request records, describing them as clearly as possible.
- 3) An application fee would be required.
- 4) Departmental officials would locate the records, and consider whether they are exemptable under the Act. The decision would have to be communicated to the applicant within a limited time. The Minister would be empowered to waive exemptions in most cases, if he considered the public interest better served by release.
- 5) The applicant could require that the decision of the officials or the Minister be reviewed by an independent body, again within a limited time.
- 6) The applicant could ask for a review by the courts by way of appeal against a decision to withhold information if satisfaction is not achieved through the review by an independent body.

Because the scheme provides that all records are to be available except those that are exempted, it is necessary, though somewhat anomalous, to focus much of this discussion paper on the records that require exemption.

### Eligibility

The principle behind freedom-of information legislation is that voters and taxpayers should have a right to as much information as is compatible with the public interest because 1) they need it to exercise their democratic rights and 2) as taxpayers they have paid for its preparation or collection. These arguments for access to information held by the Government of Canada do not apply to citizens and residents of other countries. There seems to be no reason to allow the latter to take advantage of what is likely to be a heavily subsidized scheme by giving them a right to such information.

## EXEMPTIONS

### General

The object of freedom-of-information legislation is to provide for public access to as much information in the hands of the government as possible. This means that the exemptions from the general rule allowing access should be as few as possible, should be clear, and should protect only records whose release would cause identifiable harm. On the other hand, it is important that the exemptions be framed in such a way as to provide reliable protection where such protection is required. Further, if tightly-worded exemptions happen to overlap, no problem occurs as long as their coverage does not extend beyond what clearly requires protection.

There are two basic approaches that can be taken to defining exemptions. The first is to provide an injury test, such as "injury to international relations". The merit of such tests is that the legislation focusses attention on the harm that justifies the exemption; it is unnecessary to set out in the legislation precisely how the harm would be caused, that determination being left in the final instance to the review authority. On the other hand, experience shows that such injury tests are necessarily vague. As long as there is provision for independent review, such vagueness does not permit a government to extend the protection unduly or interpret it in its own interests, but vagueness does cause difficulties because the protection it extends is unreliable and based on subjective factors. Moreover, it places the review authority in a position to make decisions which might have a serious impact on the ability of the government to conduct the affairs of State: the review authority may indirectly be given the power to influence foreign policy, for example. The government, although powerless to influence the exercise of the review authority's judgment, would be held responsible for the ramifications of its decisions. It is therefore desirable for the legislation to indicate clearly to the review authority just what Parliament believes should be exempted. The courts themselves have generally attempted to avoid making such subjective judgements when faced with claims of Crown privilege in the past.

The second approach is to exempt records falling into classes defined by objective criteria, which makes it easier for the courts to review decisions judicially. In establishing such classes, Parliament is indicating that in its judgement release of certain defined records will ipso facto be injurious. An example from existing legislation is the protection afforded by the Federal Court Act to "confidences of the Queen's Privy Council for Canada". The problem with the class test is that, if a class is defined narrowly to ensure that only potentially harmful documents are included in it, there is danger that some documents which should be protected will be released. On the other hand, if the class is defined too widely, documents which should be available will be withheld.

The answer to the dilemma, in some cases, seems to be to combine the two approaches by providing an injury test along with a list of non-exclusive classes of documents whose release might reasonably be expected to cause the injury. To provide against the over-protection inherent in the class approach, some exceptions to the exemptions could be provided, calling for the release of certain kinds of documents falling within the general class. This approach was taken in the CBA model bill.

The addition of a list of classes to an injury test could eliminate several problems which the general injury test above could give rise to; the combined injury and class test would:

- (a) permit Parliament to ensure that certain types of information will be exempted, while also ensuring that information which should be available is not exempted.
- (b) allow individual documents contained in a certain group of files to be exempted where damage would be caused by the release of any document in the group rather than the individual document; and
- (c) eliminate the need for sentence-by-sentence review in applying the injury test to certain classes of documents.

### Time Limits

The CBA and the Joint Committee have proposed time limits for certain exemptions, so that protection would lapse after a defined period. Time limits are appropriate and useful in certain cases where a class test is used for exemptions, when the documents in a given class require protection only for a given number of years. Time limits are not compatible with injury tests, however, because the requirement for case-by-case assessment of potential injury will ensure that documents can be released as soon as time has rendered them harmless. Lapse of time does not necessarily eliminate the possibility of injury.

### Categories of Exemptions

#### (a) International Relations, National Defence and National Security

The need for exemptions under the heading of international relations and national defence is widely accepted although there is no unanimity on the details. The CBA would require disclosure if a record exempted under these headings were more than ten years old, unless the record had been supplied in confidence by a foreign government or international organization, contained exceptionally sensitive information, or would endanger the life or safety of a person if released. The Joint Committee recommended that the exemption relating to national defence be defined in as much detail as possible.

The need for a specific exemption relating to national security is more contentious. Section 41(2) of the Federal Court Act now provides for protection by ministerial affidavit of documents whose release would be injurious to international relations or national defence or security. The CBA and the Joint Committee however, believed that a "national security" exemption would be redundant since the protection it afforded would already be provided by "national defence" and "law enforcement" provisions.

In the United States, the relevant legislation allows exemptions of classified material in the interests of (a) national defence or (b) foreign policy. Responsibility for establishing criteria and for classification is given to the Executive; the legislation exempts matters that are:

"(1)(A) Specifically authorized under criteria established by an Executive order to be kept secret in the interest of national defense or foreign policy and (B) are in fact properly classified pursuant to such Executive order."

The U.S. legislation expressly relates only to the first two of our categories, "international relations" and "national defence". There is no mention in the legislation of "national security". However, the Executive Order which puts the legislation into effect relates the whole classification system to national security, defining it as meaning national defence and foreign policy. The order also gives these concepts themselves a broad definition, and allows for unchecked discretion by the President on residual matters. Moreover, the U.S. legislation expressly requires a classification system.

Matters which could be considered to require protection under the heads of international relations, national defence and national security are:

1. International Relations

- (a) information which might be detrimental to the current or future conduct of Canada's foreign relations or would impede current or future diplomatic negotiations with another country or with an international organizations;
- (b) information which would inhibit the functioning of Canadian diplomatic personnel and missions abroad or place them in physical insecurity or jeopardy;
- (c) information which would reveal the confidential assessments prepared by Canadian diplomatic missions abroad on the situations within the countries or international organizations to which they are accredited or on the leading political and other personalities in these countries or international organizations;
- (d) information which would undermine the confidence of foreign governments and international organizations in the Canadian government;

- (e) information which would give needless offense to other nationalities or citizens of other countries;
- (f) information which might adversely affect the conduct of another country's foreign policy vis-à-vis a third power;
- (g) information that is restricted pursuant to an agreement or arrangement made between the Government of Canada and any other government or international organization; information which has been provided to the Government of Canada by another government or by an international organization in confidence, the release of which might be considered to be a breach of faith on the part of the Government of Canada; and information which has been provided to the Government of Canada by another government or international organization classifying and withholding such information from the public domain for a definite period of time or until other stipulated conditions for its public release may have been satisfied;
- (h) information which could cause the disruption of Canada's relations with another country or have an adverse effect on Canada's national security or on alliance arrangements in which Canada participates. Such information would: reveal intelligence material or defence plans or technical defence material affecting another country or obtained from another country; reveal diplomatic plans and negotiations, the essential purpose of which is the maintenance of the safety and security of Canada; and reveal plans and programs (whether in train or not) relating to current international security affairs which might adversely affect the conduct of current or future Canadian foreign policy;
- (i) information relating to sensitive matters of Canadian sovereignty in the Arctic.

## 2. National Defence

- (a) tactical and strategic defence plans, operations or exercises, including the characteristics of equipment and techniques, and the scale, movement and placement of forces, except where the considered and authorized release of such information would assist in the deterrence or prevention of warlike action;
- (b) internal and external intelligence and security plans, operations or exercises, including the characteristics of equipment and techniques, and the scale, movement and placement of personnel, except where the considered and authorized release of such information would assist in the deterrence or prevention of actions, whether internally or externally inspired, calculated to displace democratic institutions or procedures by force or violence;
- (c) diplomatic plans and negotiations whose essential purpose is the maintenance of the safety and security of the nation.

## 3. National Security

- (a) Threat assessments for the protection of distinguished Canadians and their families;
- (b) Security Service information relating to security clearance and immigration and citizenship applications;
- (c) Information and intelligence on terrorism, espionage, subversion and sabotage;
- (d) Details of the functions and duties of intelligence personnel;
- (e) Plans for protection of important defence establishments during times of emergency;
- (f) Reports on security inspections of defence establishments;
- (g) Information relating to systems for making government communications secure;

- (h) Techniques, plans and procedures for signals interception, and the product of signals interception;
- (i) Information received confidentially under international agreements or arrangements.

These headings obviously overlap. Moreover, the matters said to require protection do not fall clearly under the relevant exemption heads.

#### Optional Approaches:

##### (1) International Relations and National Defence

For these two categories, the foregoing lists are helpful in showing that neither the "injury" approach nor the "class" approach is by itself adequate.

If a general injury approach were to be taken to an exemption for international relations or national defence, wording along the lines of the Federal Court Act, the CBA model Bill ("cause damage") or the suggestion of the Joint Committee ("detrimental") could be used. If so, however, there should be specific language to cover matters related to the defence of Canada's allies. The test of injury to international relations and national defence could be expected to be well understood, except perhaps as it relates to any possible exemption for "national security", which is discussed below. But there would exist nonetheless all the dangers associated with very general injury tests which were referred to earlier in the paper.

Unfortunately, there are difficulties with trying to set out more specific injury tests for these two categories of exemption. Attempts to avoid general language generally fail. It will be noted, for example, that the injury tests outlined in items 1(a) - (f) and 1(h) of List 1 above are for the most part very general and would not likely be very helpful if provided in legislation.

It is also difficult to set out an exclusive class test in the legislation. List 2, for example, represents a class test for a "national defence"

exemption. In respect of international relations, the following class tests have been suggested:

- information relating to the safety of Canadian government employees and property abroad;
- information relating to Canadian government communications systems;
- sources, methods of collection, processing, dissemination, assessment and records, of intelligence or information necessary for the formulation of Canadian government policy and for the conduct of Canada's international relations.

These lists clearly do not cover all documents whose release would be injurious to international relations or national defence.

To avoid the difficulties associated with other approaches, a combined injury and class test could be used. Thus, certain non-exhaustive classes of records would be deemed to be exemptable.

It is important to remember that injury tests are incompatible with time limits on exemptions, since the time limit is predicated on the assumption that the possibility of injury disappears with time. Accordingly, if the exemptions provide for injury tests, there should be no requirement that documents of more than a certain age be released. It seems unwise to give up a document whose release will be injurious to national defence just because it is ten years old.

## (2) National Security

As regards the third category, national security, there is more difficulty. It seems clear that the materials in List 3 contain matters traditionally considered to relate to national security that should be protected. But there is some doubt as to whether certain materials within the category might not be protected by other properly worded exemptions. Furthermore, it is not clear whether general words such as "injurious to national security" will provide the protection desired.

There are elements of national security in items 3(a) and (c) of List 3 above that would not be covered by normal wording in an exemption for "law enforcement", which is normally limited to law enforcement within Canada.

Information covered by item (b) seems likely to be covered for freedom-of-information legislation by an exemption relating to personal information. Items (d) - (h) contain elements covered by a national defence exemption but also have components that would require additional protection. Item (i) would likely be covered by another exemption, such as the one relating to international relations.

It seems clear that it would be difficult to convince an independent third party that to release some of the information covered by items 3(a) - (i) would be injurious to national security. Some items seem much more specifically related to the security of individuals or property than to the security of the nation itself, which is a vague concept. The argument that is usually made to include such items in "national security" depends on the sometimes unapparent interrelationships among the individuals, methods, information and intelligence used by the security community, rather than on the conceptual link that matters of national security are at stake.

Providing a general exemption for "national security" seems therefore to provide insufficient protection and to lack clarity. There seem to be three main options for providing protection for the materials covered in List 3:

i) Specific Class Test

The first possibility would be to set out in the legislation a specific list of matters covered in Items (a) - (i) that are not covered by other exemptions. There are two problems with this approach. First, it would overlook the unifying elements among many items on the list (see (ii) below), including most of those that are not covered by other exemptions; and second, the attempt to provide a specific list would run the very real risk that it would be found to be incomplete.

ii) Coverage By Other Exemptions

The second possibility would be to attempt to take the unifying elements and fashion a completely new exemption or exemptions out of them. There are three critical elements that seem to require coverage:

- the collection of information about foreign countries and foreign nationals, and methods, procedures, plans and staffing for collecting and using the information;
- the collection of information relating to the protection of the lives of individuals and the protection of government property and communications, and methods, procedures, plans and staffing for collecting and using the information; and
- the collection of information and intelligence related to terrorism, espionage, subversion and sabotage, and methods, procedures, plans and staffing for collecting and using the information.

The last two of these elements could perhaps be covered by a carefully worded exemption related to law enforcement, but the first cannot. It either requires its own head of exemption, aimed at protecting in effect the government's foreign intelligence operations (which involve national defence only in part), or should be specifically covered under the heading of international relations.

iii) Governor-in-Council Discretion

A third possibility would be to combine several approaches by including some "national security" matters under other exemptions such as "law enforcement"; providing a separate exemption for other national security matters, defining them as precisely as possible; and allowing the Governor in Council to add related exemptions, by order-in-council subject to approval or disapproval by Parliament.

(3) Combined Approaches

Given the overlaps among concepts of international relations, national defence and national

security, it may be possible to include these matters in a single exemption. This could be achieved either by:

i) listing classes of documents that are exemptable and allowing the Governor in Council to add to the list, subject to Parliamentary approval; or

ii) following the U.S. example by allowing exemptions under each of the three heads to be defined by the Governor in Council, perhaps subject to negative resolution of Parliament.

The merit of this approach is that the regulations could be relatively specific to begin with, while allowing flexibility for change. Certain criteria for the regulations could be put in the legislation.

Information received in Confidence  
under International Agreements

The External Affairs Department and other agencies have stressed the importance of the government's being able to protect information received in confidence under international agreements or arrangements. The need for exempting this information is widely accepted.

Because the harm that would result from release of such information stems from the mere fact of release rather than the contents of the documents released, it may be insufficient to protect this information under a general heading of injury to international relations. Such information should probably be protected on a class basis, and the government should probably not have the discretion to waive the exemption, in order that foreign governments can be sure that any undertaking that information will be kept confidential will be respected. The review authority could still be in a position to determine whether in fact given records fell under the exemption.

(b) Cabinet Records

It appears to be generally agreed that the records of ministerial consultations and deliberations aimed at achieving collective political responsibility for governmental decisions and policies require

protection in order to safeguard the decision-making process among Ministers. The courts have recognized this as a public interest of the highest order outweighing, in appropriate cases, even the public interest in the administration of justice, and subsection 41(2) of the Federal Court Act makes provision for the absolute protection of such material, to the extent it is a "confidence of the Queen's Privy Council for Canada". Both the CBA and the Joint Committee have recognized that material of this nature is an appropriate head of exemption although they recommend a ten-year time limit and statutory definition of the specific kinds of documents to be protected.

There are three basic approaches that can be taken to this type of exemption. The first, following the language of subsection 41(2), would be to exempt any document containing a "confidence of the Queen's Privy Council for Canada", and to allow the review authority to interpret the words. The difficulty with this approach is that the term "confidence of the Queen's Privy Council of Canada" is not well understood, and the results would be uncertain. Other general wording, such as "relates to the proceedings of Cabinet", does not provide full coverage for the kinds of documents that are used in the process of collective ministerial decision-making.

The second approach would be to follow the CBA recommendation and clearly and specifically exempt the documents desired to be protected by name and description. The list might include the following documents:

1. Cabinet Papers

- (a) Cabinet agendas, memoranda, minutes and decisions;
- (b) Cabinet committee agendas, minutes and reports;
- (c) Treasury Board submissions, minutes and certain decision letters

2. Ancillary Papers

Ministerial briefing notes for use in Cabinet or in discussions or consultations among Ministers on matters involving their collective responsibility;

3. Other Records and Papers

Letters, memoranda, notes, records or other documents exchanged by Ministers or officials describing discussions or consultations among Ministers on matters involving their collective responsibility;

4. Documents containing quotations from any of the above documents.

There is little likelihood that protection of these documents will preclude access to purely factual material, since the Cabinet paper system is designed to include such material in discussion papers, which would not form part of the documents to be exempted.

The third approach would be to define the class of documents more generally, for instance, to include documents which:

would disclose the deliberations of Ministers, or any other process of consultation among Ministers, in connection with the exercise of their collective political responsibility.

If this approach were to be adopted, this exemption might be able to be incorporated with the exemption protecting documents containing advice or recommendations.

The last two approaches could readily be combined.

Since the purpose of this exemption is to protect documents whose public disclosure could have significant political implications, it would seem that a ten-year time limit is too short in the Canadian context, where political careers continue over long periods. The present thirty-year rule may be too long, however, and consideration should perhaps be given to a twenty-year time limit.

The possible waiver of this exemption in respect of documents covered by it presents particular problems, both because of the confidential nature of the deliberations among the members of a ministry in office, and because of the convention of the constitution that precludes the members of a new ministry from having access to the records of preceding ministries. The purpose of the convention is to protect the views and opinions of Ministers in respect of matters involving their collective responsibility from being made known to political opponents who succeed them in office.

As regards a ministry holding office, publication of Cabinet documents can potentially require the decision of the entire ministry, since their release without the agreement of all Ministers could lead to a breakdown in the collective responsibility Ministers must be ready to assume for their decisions. On the other hand, as regards the Cabinet records of a previous ministry, their release without the consent of the custodian (one of the Secretaries to the Cabinet) would be a breach of the convention. In view of these problems, a waiver provision for Cabinet records would have to have sufficient flexibility both to safeguard the ongoing ministerial decision-making process and to respect the constitutional convention.

(c) Opinions and Advice

It is generally recognized that an exemption is required to ensure fullness and frankness of opinions and advice exchanged within the government. The U.S., for example, has an exemption for:

inter-agency or intra-agency memorandums or letters which would not be available by law to a party other than an agency in litigation with the agency.

The Joint Committee argued that such an exemption should be limited to opinions, advice or recommendations prepared by an officer of an agency as part of the decision-making or policy-making process.

There are three general issues to be considered:

- 1) should subjective material not used in decision-making or policy-formulation be protected?
- 2) should subjective material prepared by outside consultants be protected?  
and
- 3) should subjective material analyzing policies, programs and decisions be protected?

Some persons also argue that pre-decisional material should be released shortly after the decision is made.

The answers to each question lie in a judgment as to whether governmental processes will unduly suffer if protection is not provided. There is concern that if the advice and opinions of public servants are released to the public, the anonymity and neutrality of public servants flowing from the doctrine of Ministerial responsibility will suffer, for their advice will be in the public domain to be compared with the decisions and views of Ministers. A second danger with making subjective material available is that, partly to avoid political embarrassment for their Ministers and partly for their own self-protection, public servants might begin to be cautious about putting their ideas on paper. On the other hand, an argument can be made that the prospect of their opinions seeing the light of day will only encourage public servants to try and improve the quality of their advice.

Limiting the exemptions to material used for decision-making and policy-formulation may be too restrictive. In terms of Ministerial responsibility, protection for advice prepared for Ministerial use in Parliament seems critical. In terms of protection of the interests of the Government of Canada vis-à-vis other parties, protection for advice given in a negotiating process is crucial.

The considerations in respect of the work of consultants are somewhat different. Here there are no threats to Ministerial responsibility though there is a real possibility that the content of the advice of the consultants would be affected. There are, for example,

possibilities that consultants would be encouraged to become lobbyists for their own positions and that therefore as a practical matter their utility to the government would be undermined. To allow subjective material prepared by consultants to become available would, however, certainly raise fewer difficulties than to release the advice of public servants.

The same practical arguments apply to program evaluations and assessments. There seems to be a need, however, to strike a balance between the practical dictates of public administration and the public's need to have the facts necessary to form opinions on matters of public policy. In recognition of this, the government has, for example, drawn a distinction in its Cabinet paper system between memoranda to Cabinet, containing political considerations and the recommendations of Ministers, and discussion papers, containing neutral assessments of various options. These assessments are subjective but are generally at one remove from the final decision-making phase.

It would not be feasible to apply this distinction to the entire decision-making process, since in many case assessment would be inextricably linked with advice, but the distinction could perhaps be applied to after-the-fact analysis and evaluations of government programs and policies, without including the recommendations and advice that flow therefrom in the second decision-making phase, or the internal program audits used by Deputy Ministers as spot checks on the effectiveness of their programs.

In respect of the exemption itself, a general injury test seems to be difficult to apply since it would be difficult to argue that the disclosure of any single opinion or recommendation would undermine the fullness and candour of advice; indeed the recent tendency of the courts has been not to accept such arguments. Yet, if the precedents indicated that the records mentioned were not protected by the legislation, the damage might be done.

A preferable approach might therefore be to provide an objective test for whatever information is to be protected (perhaps this might be supplementary to a general injury test) and to consider providing that certain kinds of documents which should be made

available in the public interest would not be exempted. The CBA suggested that the following documents be made available:

- (a) a record which contains mainly factual material;
- (b) a statistical survey;
- (c) a report by a valuer, whether or not the valuer is an officer of the agency;
- (d) an environmental impact statement or like record prepared by an agency charged with the responsibility of monitoring environmental quality;
- (e) a report of a test carried out on a product for the purpose of government equipment testing or a consumer test report;
- (f) a report or study on the performance or efficiency of an agency, whether the report or study is of a general nature or is in respect of a particular program or policy;
- (g) a feasibility or other technical study, including a cost estimate, relating to a proposed government policy or project;
- (h) a report containing the results of field research undertaken preliminary to the formulation of a policy proposal;
- (i) a final plan or proposal for the reorganization of the function of an agency or for the establishment of a new program, including a budgetary estimate for that program, whether or not the plan or proposal is subject to approval;
- (j) a report of an inter-departmental committee, task force, or similar body, or of a committee or task force within an agency, which has been established for the purpose of preparing a report on a particular topic;
- (k) a report of a committee, council or other body which is attached to an agency and which

has been established for the purpose of undertaking inquiries and making reports or recommendations to the agency;

- (l) a final proposal for the preparation of subordinate legislation;
- (m) an interpretation, instruction or guideline and a statement of policy or substantive rule; and
- (n) a final decision, order or ruling of an officer of an agency made during or at the conclusion of the exercise of discretionary power conferred by or under an enactment or scheme administered by the agency, whether or not that enactment or scheme provides for an appeal to be taken against that decision, order or ruling, and any reason which explains that decision, order or ruling, whether or not that reason:
  - (i) is contained in an internal memorandum of the agency or in a letter addressed by the agency to a named person; or
  - (ii) was given by the officer who made the decision, order or ruling or was incorporated by reference in his decision, order or ruling.

(d) Federal-Provincial Relations

Section 41(2) of the Federal Court Act provides protection for documents whose release would, according to a ministerial affidavit, be injurious to federal-provincial relations. The Joint Committee suggested that documents be released unless they "could reasonably be expected to be detrimental to federal-provincial relations", but others have criticized the exemption as being unnecessary.

The wording in the Federal Court Act does appear to be more general than is necessary, but it seems clear that information received in confidence under federal-provincial agreements should be protected. This position has been put forward strongly by the provinces, which argue that they should

be the judges of whether to release their own information. To meet the point, an exemption could be provided analogous to an exemption for information exchanged pursuant to international agreements.

However, information is also provided, obtained or exchanged on an informal basis which may not readily be protected by such an agreement, e.g. material prepared for federal-provincial meetings, notes of discussions with provincial officials etc. Thus it may be necessary to treat federal-provincial relations in the same way as international relations.

There also seems to be a need to protect information whose release could be harmful to ongoing federal-provincial negotiations.

(e) Legal Information

(i) Law Enforcement and Investigations

There is general acceptance of the need for some type of exemption to ensure that freedom-of-information legislation is not used to interfere with the enforcement of the law and the detection or suppression of crime. There is considerable difference of opinion as to the extent and nature of such an exemption.

Section 54 of the Canadian Human Rights Act provides an exemption for information when its release

- (c) would be likely to disclose information obtained or prepared by any government institution or part of a government institution that is an investigative body
  - (i) in relation to national security,
  - (ii) in the course of investigations pertaining to the detection or suppression of crime generally, or
  - (iii) in the course of investigations pertaining to the administration or enforcement of any Act of Parliament.

The Joint Committee suggested the following injury test:

Documents the disclosure of which would have a significant adverse effect on law enforcement activities but only to the extent that disclosure would be reasonably expected to

- a) interfere with enforcement proceedings
- b) deprive a person of a right to a fair trial or an impartial adjudication
- c) constitute an unwarranted invasion of privacy
- d) disclose investigative techniques and procedures
- e) disclose the identity of a confidential source of information obtained from such a source, or
- f) endanger the life or physical safety of law enforcement personnel.

The Committee's recommendation appears to be based on concern that there have been abuses in law enforcement and on the expectation that such abuses can be corrected by freedom-of-information legislation. It may be, however, that the Committee gave insufficient weight to the fact that access to documents relating to law enforcement would be available to all individuals, including those under investigation. To allow such persons access to information relating to those investigations may be unwise, unless there are reasonable grounds for believing that there has indeed been improper activity on the part of law enforcement officers, and in such cases the application for the information should not be made under a general freedom-of-information statute but under some other law. There does not seem to be an effective way of allowing certain persons to have access to such information while keeping it out of the hands of those being investigated. The Canadian experience with respect to abuses in law enforcement has not justified action that would seriously undermine the ability of the police to enforce the law or allow the police to be harrassed by requests for their files.

It does not seem appropriate for an Information Commissioner or the courts under freedom-of-information legislation to decide whether law enforcement authorities have acted illegally. If a document were released on the basis that it disclosed illegal activity, that would be an indication that the review authority believed an illegal act had been committed. The making of such judgments under freedom-of-information legislation should probably not be encouraged. If the review authority has concerns about possible illegality, it should be authorized not to release the document to the applicant, but to release it to the appropriate Attorney General or police.

It may also be going too far to adopt the Joint Committee's test of "significant adverse effect": effective law enforcement is important enough that any adverse effect should be sufficient to justify exemption of the document.

Use of a class test in relation to law enforcement would be adequate if the class could be defined so as to comprise precisely all those records whose release would adversely affect law enforcement activities, and if the review authority would be able to appreciate what information should be protected.

It would appear that paragraphs c(ii) and c(iii) of the Canadian Human Rights Act would meet this requirement, given that the information is limited to information collected by investigative bodies in the course of investigations. To clarify what is meant by investigative bodies, however, it might be wise to define them in a schedule to the Act or by Regulations.

Paragraph c(i) suffers from vagueness, and in line with the considerations referred to in discussing a possible national security exemption it might be wise to:

- add wording to cover the collection of foreign intelligence, if necessary;
- add wording to make it clear that information relating to crime in other countries is covered; and
- add wording to cover such matters as terrorism, espionage, sabotage and subversion explicitly.

In addition, the exemption should make it clear that information relating to investigative techniques and plans may be protected.

If a general injury test is chosen, exempting information whose release would be injurious to law enforcement, it may be advisable for the legislation to go on to deem certain classes of information to be injurious.

(ii) Security of Penal Institutions

It may be necessary to provide for the exemption of information whose release would be injurious to the security of penal institutions. The exemption should probably cover, in the public interest, information such as plans of penitentiaries and strategy for ensuring the security of institutions.

(iii) Operations of Quasi-judicial Bodies

It may be advisable to protect, as a class, all information which is prepared by or for a quasi-judicial body, until such time as a decision or report on the matter to which the information relates has been released, and appeal procedures exhausted. The inclusion of such an exemption in the legislation would protect against the following:

- (a) The release of information to a party in a dispute prior to the hearing, when it would not otherwise be available to him. The rules of discovery in proceedings before such bodies should continue to determine what information is or is not available to parties.
- (b) The release to the other side of the strategy or tactics of a government institution involved in a dispute, prior to the hearing of the matter;
- (c) The release of information prepared by or for a quasi-judicial body to assist in its determination of a matter, prior to a decision or report.

(iv) Solicitor-Client Privilege

Under the common law, confidential communications between a client and his solicitor for the purpose of obtaining or giving legal advice, and material obtained or prepared by a solicitor for the purpose of preparing a case for litigation, are privileged, to ensure that a client and his legal advisor can communicate freely and frankly. To protect the quality of the legal advice obtained by the government, it may be necessary to provide an exemption for material to which solicitor-client privilege attaches.

(f) Personal Information

If personal information were accessible under freedom-of-information legislation, the privacy of individuals could be seriously invaded. As a result, it may be advisable that the only right of access to personal information continue to be that of an individual to personal information concerning him, under Part IV of the Canadian Human Rights Act. Part IV also regulates the circumstances under which personal information held by a government institution can be disclosed to a person other than the individual who is the subject of the record. Third parties, however, are not given a right to such information. If access to personal information were to continue to be dealt with in this way, and if no right of access to such information were given under freedom-of-information legislation, clear recognition would be given to the principle that the protection of individual privacy is a more important value than the public's right of access to government information in general.

The exact scope of the concept of "personal information" is rather vague and certain fundamental questions arise with respect to the types of information which should or should not be considered personal information, and therefore protected, for the purposes of freedom-of-information legislation. For example, it would seem that even though such information as the name of a person holding a particular position with the government, his salary range, the classification of the position, his responsibilities and so on constitute personal

information about an individual, this type of information should be accessible under freedom-of-information legislation and the definition of "personal information" should be drafted in such a way as to clarify this. It may also be that the names of persons receiving discretionary benefits from the government, such as grants, licences and so on, should be released, as should details regarding the benefit, such as the amount of a grant.

Other specific problems arise with respect to an individual's name. For example, a name should probably not be accessible under freedom-of-information legislation where it appears in conjunction with other personal information or where the existence of the name itself in a particular document would disclose personal information about an individual (e.g., where it is included in a list of persons being considered for a particular position). On the other hand, if that name appears on a memorandum or other document produced in the course of a person's employment it should probably not be deleted from the document if the document is otherwise available.

A related problem arises with respect to an expression of a person's views or beliefs. If these are "personal" to the person in the sense that they relate to religious or political beliefs they should probably not be accessible. On the other hand, if they are views expressed in the course of a person's employment then perhaps they should not be exemptable from release on the basis that they are personal information. To the extent that a person's opinion is expressed with respect to the performance or competence of another individual, it may be that this should not be releasable, as it constitutes personal information about the other individual.

Because of the concern which exists with respect to the release of Social Insurance Numbers it might be useful to specify in any exemption that personal information includes such types of information.

Finally, it seems reasonable to provide that Canadians should be permitted to correspond with their government in confidence if they wish to do so. Thus, consideration might be given to including an exemption

for all correspondence to the government that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and for replies to such correspondence from the government which would reveal the contents of the original correspondence.

(g) Financial, Commercial, Scientific and Technical Information

On the principle that freedom-of-information legislation should not be used for improper financial gain, it should probably be constructed in such a way as to protect

- (i) the legitimate trade secrets of private businesses and of the government,
- (ii) the government's ability to engage in commercial negotiations, and
- (iii) the government's ability to set economic policy.

The legislation should also guard against the possibility of gain to individual applicants by revealing to them information about government policies, plans or research with commercial value when such information is not generally available to the public.

The Joint Committee favoured a fairly narrow exemption for commercial and financial information, covering only those documents the disclosure of which "would be reasonably likely to (a) impair the Government's ability to obtain necessary information in the future or (b) cause significant harm to the competitive position of the commercial or financial enterprise from which the information was obtained."

The CBA's draft legislation would exempt trade secrets and other commercial or financial information the disclosure of which could reasonably be expected to

- (a) substantially and adversely affect the legitimate economic interests of Canada,
- (b) expose agencies or businesses to unreasonable disadvantage in competitive activity, etc.,

- (c) result in undue gain or loss to a "person, group, committee or financial institution or agency",
- (d) dry up sources of confidential information which it is in the public interest that an agency have.
- (h) Other Possible Exemptions  
Not Considered Here

Exemptions may be required in the legislation for records disclosing:

- 1) information relating to testing or auditing procedures or techniques, or specific plans or details of specific tests to be given or audits to be conducted, if such disclosure would prejudice the use or results of particular tests or audits;
- 2) information whose disclosure could reasonably be expected to threaten the safety of an individual.

#### Disclosure of the Existence of a Document

In certain rare circumstances, especially in respect of law enforcement, it may be harmful for an agency even to acknowledge it has a particular document. Applicants could frame their requests in such a way as to obtain the answer they are seeking simply by learning whether there is a document falling within the terms of their request, whether or not the document is exempted. It is important that the legislation provide for cases where even to acknowledge the existence of a document is against the public interest because it reveals information that would be exemptable.

To refuse to answer requests only in cases where such injury would be caused would itself reveal the existence of the document sought. Furthermore, given the fact that requests can always be framed specifically enough to elicit information from mere knowledge of its existence, the right to refuse to acknowledge the existence of a document should probably

not be restricted to a particular class of documents. A solution might be to allow the government to answer certain requests by saying: "we have records dealing with matters of the kind you have requested but exemption X applies to them." If the request is so specific that even this answer would provide exemptable information, the government should be able to say "if we had records containing information of that sort, they would be exemptable". The review authority should be able to deal with such documents in the same way.

#### EXISTING STATUTORY PROVISIONS

The freedom-of-information legislation will have to delineate clearly its relationship to nearly one hundred provisions in federal statutes or regulations which now prohibit or in some way restrict the disclosure of information. Generally, these provisions can be classified as follows:

- a) Provisions which in general terms prohibit the unauthorized disclosure of information by public servants or persons working under contract with a government institution. Examples of such provisions are the oath provisions included in several different statutes and subsection 4(1) of the Official Secrets Act.

The relationship between freedom-of-information legislation and such provisions is quite clear: disclosure of information in accordance with freedom-of-information legislation would constitute authorized disclosure of such information and the provisions of these statutes would not apply.

- b) Provisions which prohibit the release of certain types of information obtained in the course of performing duties and which, generally speaking, would be considered to be classified information. An example is the provision in the Canadian Human Rights Act (s. 27(2)) which imposes a duty on members and employees of the Commission to take every reasonable precaution to avoid disclosing any matter of the type specified. The list

includes information which could result in injury to international relations, national defence or security or federal-provincial relations; confidences of the Queen's Privy Council, and so on.

This type of provision can co-exist quite easily with freedom-of-information legislation. In the first place, such a list is intended only to include information which should be classified and, therefore, ought only to include information which is exemptable under freedom-of-information legislation. To the extent that the exemptions to be included in freedom-of-information legislation are different from provisions in such lists, consequential amendments to existing legislation may be necessary. In the second place, even if the provisions are not consistent, if freedom-of-information legislation were to take precedence over such provisions, then to the extent the provisions were broader than the exemptions in freedom-of-information legislation they would be ineffective where access is requested under freedom of information. As a policy matter this approach would not seem to pose a problem since, as suggested above, such provisions have been intended to apply only to information which, as a matter of policy, should not be released.

- c) Provisions which require the publication of certain information except where, in the opinion of the appropriate Minister, the public interest requires that this information not be released. This type of provision generally applies to reports prepared for a government institution and an example is a combines investigation report prepared by the Restrictive Trades Practice Commission and presented to the Minister of Consumer and Corporate Affairs. S. 19(5) of the Combines Investigation Act provides that such a report is to be made public unless the Commission recommends to the Minister that the public interest would be better served by

withholding publication, in which case the final decision as to whether or not to publish is to be made by the Minister. Similar provisions are contained in the Environmental Contaminants Act (s. 6(5)) and the Hazardous Products Act (s. 9(6)).

This type of provision can co-exist with freedom-of-information legislation if the government interprets the "public interest" test as requiring that such information only be withheld when it falls under an exemption in the freedom-of-information legislation. If a Minister should refuse to release such information on a ground other than those contained in the freedom-of-information legislation, there would be a conflict between the two laws.

- d) Provisions included in legislation respecting quasi-judicial bodies which require the agency to ensure that confidential information relating to the business or affairs of any person or corporation given in an inquiry not be made public in such a manner as to be available for the use of a business competitor or rival. An example is s. 29(3) of the Anti-Dumping Act.

These types of provisions are intended to protect commercial information of a sensitive nature which could adversely affect the competitive position of the person or company providing it. The specific duty would continue even under freedom-of-information legislation, and where an access request is made to such an agency adequate protection for such sensitive information ought to continue to be provided under the exemption for commercial and financial information.

- e) Those provisions which specifically prohibit or restrict the release of information obtained in the course of administering a particular statutory scheme. This is by far the largest and most important category of provisions prohibiting or restricting the disclosure of information and most of the

information so protected is personal information or information of a financial or commercial nature. The types of statutory schemes which contain such provisions include the following:

- (i) Statutory schemes where information is collected as part of a general regulatory or taxation scheme: examples include the Foreign Investment Review Act, the Petroleum Corporations Monitoring Act and the Income Tax Act;
- (ii) Statutory schemes where information is collected in order that a benefit can be provided: examples are the Family Allowances Act, the Canada Pension Plan Act and the Unemployment Insurance Act;
- (iii) Statutory schemes under which information is collected for the government's own purposes, interests or benefit and where the person giving the information has no continuing interest in the use to be made of it; this is primarily information provided for statistical purposes and examples are the Statistics Act and the Corporations and Labour Unions Returns Act.

With respect to most, if not all, of the foregoing existing statutory provisions, it seems that the information currently protected by them probably would be exemptable under freedom-of-information legislation primarily under those exemptions relating to personal information, commercial and financial information and scientific and technical information. If freedom-of-information legislation is to supersede these provisions, however, the protection it would provide would probably not be equivalent, in that these exemptions probably will be discretionary, to be invoked by a Minister where he or she feels it is necessary or advisable to do so, as opposed to the absolute protection which currently is provided for such information. In addition, the decision to invoke an exemption will be subject to independent review to determine if the exemption has been properly claimed. Therefore, if freedom-of-information legislation is to

supersede, it will no longer be possible to provide the same absolute guarantee that the information will be protected, even though as a practical matter exemptions probably would be invoked for such information. A possible consequence could be that the quality and accuracy of the information which is provided under such provisions could be adversely affected. This particularly could be the case in the area of collecting information for statistical purposes where the person providing the information has no direct interest in the quality of the information provided.

Another possible consequence could be a reduction in the number of persons or corporations willing to co-operate with the government in certain regulatory schemes (e.g. the foreign investment review scheme). A more general, but related result, could be the generation of a certain amount of resentment amongst persons and corporations who are compelled to provide the government with certain sensitive personal or commercial and financial information under a particular statutory scheme, but who can no longer be guaranteed in absolute terms that the information will be maintained in confidence.

It cannot be said with certainty that such results will occur. However, several departments and agencies which administer such schemes have stressed that if freedom-of-information legislation were to completely supersede the present protection offered under their statutes, this could have a serious adverse impact on their operation.

It is preferable that the interrelationship between these provisions and freedom-of-information legislation be specifically addressed in the legislation. Otherwise an unsatisfactory situation could result in which some provisions would clearly be superseded by freedom-of-information legislation, some clearly would not, and in some cases the relationship would be uncertain. This haphazard result would occur merely because of the particular way in which the provisions have been drafted; it would not reflect any underlying policy with respect to which provisions, if any, should take precedence over the freedom-of-information legislation.

There seem to be four possible alternatives for dealing with this problem in the legislation:

- i) The freedom-of-information legislation could provide that it supersedes all existing statutory provisions prohibiting or restricting the disclosure of information. This would mean that any protection to be given to such information would have to be given under the exemptions to be included in the legislation.

The advantage of this alternative would be that all provisions respecting the disclosure of information would effectively be dealt with under one piece of legislation, and the freedom-of-information legislation would completely represent government policy regarding disclosure of information. On the other hand, as mentioned above, there are disadvantages: most, if not all, of the sensitive information could be protected under the specific heads of exemption to be included in the legislation, but the protection afforded would be discretionary, and a decision to invoke an exemption with regard to information would be reviewable with consequent effects on the quality of the information and the attitude and co-operation of the people providing it.

- ii) The freedom-of-information legislation could supersede all such existing provisions, while providing that absolute protection is to be extended to information specifically protected under certain statutory provisions. This in effect would preserve the type of protection which currently exists in defined areas where it is felt to be important that this type of protection continue. At the same time, it would ensure that most, if not all, provisions regarding disclosure would be dealt with under the terms of the freedom-of-information legislation.

This could be achieved either by including general words in the statute describing the type of provisions to which absolute protection is to be granted, or by listing the specific provisions which are to be so protected in a schedule to the legislation.

This option would have the advantage of bringing all the most important and relevant provisions regarding disclosure of information to the general public within the terms of one statute, and it would mean that the Information Commissioner would have the power to ensure that an exception for such information had been properly invoked. At the same time, it guarantees that protection would be afforded to certain types of information collected for certain specific purposes.

- iii) The freedom-of-information legislation could provide that certain specified statutory provisions prohibiting or restricting the disclosure of information take precedence over its own provisions. In effect, the status quo would be preserved and the freedom-of-information legislation would not apply to those provisions.

This alternative is not very different in effect from the second alternative above. However, it suggests that a greater degree of protection is being granted to these provisions, because the legislation would not even purport to apply to them. This could be significant because of the concern that the quality of information will be affected if people lack confidence that the government can adequately protect information.

Such a provision might mean that some complaints about refusals to provide information would not be within the jurisdiction of the Information Commissioner, except possibly for the purpose of determining whether or not the information was collected under the particular statutory scheme as claimed.

- iv) The freedom-of-information legislation could provide that it is not applicable to any information the release of which is prohibited or restricted under the terms of a statute. The effect, therefore, would be that all existing provisions would take precedence over freedom-of-information legislation.

This alternative would preserve the status quo with respect to all such provisions. It would ensure that existing statutory schemes are not disrupted by the legislation and would permit further assessment in the future of the appropriate interrelationship of these existing protections with freedom-of-information legislation.

It would have the same advantage in regard to all such provisions that alternative (iii) would have in respect of the specified provisions, in that people supplying information would have confidence that such information would be adequately protected.

#### Other Areas

Other possible areas which may require special protection in light of freedom-of-information legislation are information provided to a conciliator in the course of conciliation in the labour relation field and information provided to persons involved in accident investigations.

##### (i) Conciliation

Concern has been expressed that the parties will be reluctant to be open with a conciliator if the only protection for the information they provide to him is under the general terms of freedom-of-information legislation; as a result, the process of conciliation could be adversely affected. Of course, most of the information provided to a conciliator would exemptable as personal information or commercial and financial information. At present, disclosure of information provided to a conciliator is not absolutely prohibited under the Canada Labour Code. Therefore, in order to extend special absolute protection to such information of the type described in alternatives (ii), (iii) or (iv) above, a consequential amendment to the Canada Labour Code prohibiting disclosure of the information would be necessary.

##### (ii) Accident Investigations

It is possible that the quality of the information obtained in the course of transportation accident investigations will be adversely affected, if

special protection is not granted under the freedom-of-information legislation. The maintenance of confidentiality for such information is an accepted world-wide practice, and because the information is obtained to establish the cause of an accident, rather than to lay blame, it is particularly important that the process of obtaining the information not be impaired. The only special protection provided at present for such information is under the Railway Act. However, such special protection may be included in a future bill respecting accident investigations in general. If either of alternatives (ii) or (iii) above is chosen, perhaps similar protection ought to be given to information obtained in the course of accident investigations. Of course, except with respect to accidents investigated under the Railway Act, this type of protection could not be effected until an accident investigation bill is enacted.

#### Special Régimes

Special régimes exist to protect information under four statutes:

##### (i) Criminal Records Act

The Criminal Records Act protects from disclosure the fact that someone to whom a pardon has been granted has a criminal record. Although the information would be exemptable under the exemption for personal information, it seems somewhat illogical to even purport that freedom-of-information legislation should apply. Consideration should therefore be given to making it clear that the legislation does not apply to s.6(2) of the Criminal Records Act or, if absolute protection under the terms of the type described in alternative (ii) above should be adopted for certain provisions, the same type of protection might also be extended to s.6(2) of the Criminal Records Act.

##### (ii) Canada Elections Act

The Canada Elections Act requires that "election documents" be provided to the Chief Electoral Officer. Production or inspection by anyone else can take place only under a court order. It would seem preferable to preserve this special régime by providing

that the freedom-of-information legislation does not apply to it or, at least, by including s.60(2) of the Canada Election Act in a schedule of provisions to which absolute protection is granted. If neither of these courses is followed, it will be necessary to include a special exemption for election documents within the legislation if they are to continue to be protected, because such documents will probably not be protected elsewhere in the legislation.

(iii) Criminal Code (Wiretaps)

Special protection is granted to information obtained by means of a wiretap authorized under the Criminal Code. S. 178.2 of the code prohibits disclosure of such a "private communication" or the existence of the communication except in accordance with the provisions of that section, by creating an indictable offence. It seems both reasonable and important that this provision be unaffected by freedom-of-information legislation.

(iv) Statutory Instruments Act

The fourth special regime is the protection afforded to some statutory instruments under the Statutory Instruments Act, which uses words similar to those of subsection 41(2) of the Federal Court Act. This régime should be made consistent with the freedom-of-information provisions.

THE REVIEW PROCESS

When an applicant is refused a document by a department, he should be able to find out whether the refusal is justified and whether his right of access has been improperly denied him. It is therefore appropriate to have the initial departmental decision reviewed by someone who is not associated with the decision in the first place. This review could take place internally within the department by an official who is of a superior rank to the one who made the initial decision. Alternatively, a body external to the department could receive a complaint about a refusal, review the matter and arrive at its own

conclusions on whether the exemption claimed as a basis for the negative decision was well founded. External review with power to over-rule a departmental or ministerial decision brings into question a basic principle of parliamentary democracy, namely ministerial responsibility. Under our system of government it is for the minister to evaluate how a given course of departmental action might affect the higher interests of the State as well as other interests of a private or commercial nature which must be safeguarded. If his decisions on these matters are ill-conceived, he may be censured by Parliament and by the electorate. However, it can be argued that precluding external review, for the sole reason that it does violence to the principle of ministerial responsibility, would reduce the right of access to mere theory.

The desirability of external review of freedom of information must be considered in the broader perspective of access to government information generally. At present, the power of the judiciary to order the production of government documents relevant to litigation under consideration is governed by Section 41 of the Federal Court Act, which defines the extent of the Crown's evidentiary privilege. Under Subsection 2 of that provision, an affidavit by a minister that release of the document "would be injurious to international relations, national defence or security, or to federal-provincial relations" or "would disclose a confidence of the Queen's Privy Council for Canada" is absolute. The court cannot examine the documents in question or review the minister's decision. It would therefore be anomalous to deny a Court access to a document in the context of litigation on the basis of Section 41 while allowing that Court or another external review body to examine the same document on appeal under freedom-of-information legislation exemption.

Removing the absolute character of the Crown's privilege as enunciated in Subsection 41(2) would eliminate a formidable barrier to the adoption of comprehensive external review for freedom of information. However, such review would not necessarily flow from the abrogation of that provision. The two situations - access by the Courts and access by the freedom-of-information review authority - are

somewhat different. The significance of the rights to be determined by the Courts is of a higher order (especially when they concern the liberty of individuals) than the right of access to government information under freedom of information. Therefore, the appropriateness of an external review process for freedom of information must be decided on its own merits.

Options for a review process are briefly canvassed in the following paragraphs.

#### Direct Judicial Review

This scheme corresponds to the external review included in the United States Freedom of Information Act. It would allow the applicant to appeal directly to the Courts if his request for a record is denied. The Courts would have access to the document and scrutinize it to determine whether the exemption claimed was justified. If it were not, the Courts would have the power to order the minister or department concerned to make it available to that applicant. Thus both the actual review of the matter and the final decision would reside outside the ambit of the executive.

Special rules of procedure for making access to the Courts inexpensive and informal would have to be devised for freedom-of-information cases, or else use of this option would be limited for the most part to corporations, interest groups and wealthy individuals.

Which courts should be competent to hear freedom-of-information litigation? One obvious choice is to appoint the superior courts in each of the provinces; another is to have the review done by the Federal Court Trial Division, which is the court that ordinarily reviews decisions of federal administrative agencies. The latter might be more appropriate, since it is doubtful that federal legislation can dictate rules of procedure to courts set up under provincial jurisdiction. Thus, simple, uniform rules and procedures would probably not develop.

There would be provision for appeal of decisions made by the court of first instance to an appellate court. The appeal process ultimately could be pursued, with leave, to the Supreme Court.

The main advantage of the judicial option is that the review of denials would be effected by bodies whose independence vis-à-vis both governments and lobby groups is unimpeachable. With time, the courts would build up a body of decisions interpreting the legislation which would be of use to government departments in deciding on requests for documents. On the other hand, given the great number of disputes which could be expected, especially in the early life of the legislation, the courts could be deluged with freedom-of-information cases. This phenomenon would be felt with yet greater force if the Federal Court alone were competent to review denials. Having the court intervene only after a first external review has been made, as proposed in the options for indirect judicial review outlined below, could go some way in reducing the number of freedom-of-information cases actually reaching the court.

#### Indirect Judicial Review

##### (a) Initial Review by an Information Commissioner

Under this variation, complaints about denials would have to be addressed in the first instance to an Information Commissioner. The legislation would empower the Commissioner to examine the contested document, to make a determination as to the validity of the exemption claimed by the government institution, and to order release if the exemption was not justified. Since the Commissioner would be an entirely new institution, specially created by Parliament for freedom-of-information purposes, the legislation should provide for informal rules of procedure best suited to cope with the quantity and specific nature of freedom-of-information complaints. To provide for an anticipated heavy workload and for balance, a commission of three individuals who could operate singly or together might be desirable.

There would be two ways of providing for judicial review. First, the Information Commissioner's decisions could be appealed to the Federal Court and subsequently, to a higher court with leave. Both the complainant and the government department concerned would be allowed to apply for leave if they were not

satisfied with the Commissioner's determination of the matter. Secondly, judicial review could be limited to the grounds set out in Section 28 of the Federal Court Act, i.e. failure to observe natural justice, error in law or a perverse or capricious finding of fact.

The advantage of this system is that the Information Commissioner would dispose of the majority of complaints. Either the applicant or the government institution would think twice before challenging the Commissioner's verdict in the courts, yet the courts would indeed receive some appeals from both applicants and government institutions, resulting in a balanced process and contributing to impartial adjudications. Moreover, the Commissioner, knowing that his decisions could be appealed, could be expected to be neutral and impartial.

(b) Initial Review by Information Ombudsman

Under this scheme, complaints would be investigated, in the first instance, by an Information Ombudsman. He could conclude his investigation by either confirming the initial denial or by making a recommendation to the department concerned to release the document. If the department acted in accordance with the recommendation and made the document available, that would end the matter. On the other hand, if the Information Ombudsman's advice were rejected, the applicant could appeal the departmental denial to the Federal Court. Appeals would probably be few in number since in most cases the departments would abide by the Ombudsman's recommendation or if denial were confirmed, applicants would be satisfied with his review. (This scheme is by and large that contained in the Model Bill proposed last March by the Canadian Bar Association).

Ombudsman review may at first glance appear not to be as effective as review by a decision-making Information Commissioner. However, experience in the operation of the access provisions of Part IV of the Canadian Human Rights Act has shown that a large percentage of complaints to the Privacy Commissioner (who has Ombudsman powers) concern confusion by individuals in regard to their rights under the Act or misunderstandings between individuals and departments. In these cases no decision-making is usually required.

Secondly, since the Ombudsman would not be acting as an adjudicator, where he deemed the complaint justified he could espouse the cause of the applicant and try to persuade the department to release the requested document. If his honest-broker role produced no results he could issue a formal recommendation, a copy of which would go to the applicant. On appeal, the system could be made to work in such a way that the Ombudsman, where he disagreed with the Minister's decision, could represent the interests of the applicant before the courts. This representation would be particularly useful since he could actually see the record and argue forcefully that there were no grounds for withholding it.

#### Internal Review

This approach would entitle an applicant whose request for a document has been turned down by an official to have his decision reviewed by the head or deputy head of the agency concerned. This system, while placing some pressure on the head or deputy head to be forthcoming, leaves him in full control over the release of any document under the legislation. The applicant might not feel that his complaint was given a fair hearing.

#### Combination of Options

The options discussed above are not mutually exclusive and could be combined to produce greater flexibility and efficiency in the review process.

Thus it could be argued that those exemptions aimed at protecting the higher interests of the State (international relations, national defence and law enforcement) are so intimately linked to the principle of ministerial responsibility that their review should be effected in such a way that risks associated with release would be reduced to a minimum. For these exemptions only, the review could be undertaken by a special review body, with or without subsequent judicial review.

Another possibility would be to prevent any possibility of review when the more sensitive exemptions are invoked, limiting review by either the

Information Ombudsman or Information Commissioner to other exemptions only. While this scheme would be very much in line with the principle of ministerial responsibility, it is open to question whether it is compatible with a statutory right of access to government information.

Special Appeal Procedure for International Relations and National Defence

In view of the particular sensitivity of the information involved, consideration might be given to a special review procedure for the exemptions relating to international relations and national defence.

The following options could be considered:

- (a) Appeal direct to the Federal Court, before a special panel of three judges (who would have proper security clearances).
- (b) Initial review by the Information Commissioner or one or two of his assistants designated for such cases. An appeal would lie to the Federal Court if the Information Commissioner's review did not result in release of the requested documents. Allowing the government to ask that three judges hear the case might be considered here.
- (c) Ombudsman-type review by a special board of three individuals with experience in national defence or international relations. Departmental decisions could be appealable to the Federal Court in the normal way or to a three-judge panel.
- (d) "Reasonableness" test by review authority. It is likely that in most cases where exemptions have been claimed, the court would support the government decision if it appeared to be a reasonable decision, rather than considering the question from scratch and substituting its opinion for that of the Minister. When matters of high sensitivity involving policy questions are concerned, this approach may be appropriate and it may

therefore be wise to direct the review authority to apply a "reasonableness test" when a Minister claims that release of a document would be injurious to international relations or to national defence, without specifying a class listed in the exemption.

## ADMINISTRATION OF THE ACT

### (a) Timing of Implementation

Administration of freedom-of-information legislation will require considerable work to develop the necessary procedures and organization. For the legislation to take effect before this work had been finished would create chaos and disappointment.

There are several alternative ways of ensuring that the administrative machinery is ready; one is to have the legislation take effect only on proclamation; another is to require proclamation, agency by agency, within a statutory time limit; and a third is to set different deadlines for compliance according to whether documents are dated before or after the date of proclamation.

In any case the application of the legislation to material prepared before the legislation takes effect will be much more difficult and expensive than applying it to documents prepared under a freedom-of-information regime. The Interdepartmental Committee of Freedom of Information of the Government of Australia went so far as to recommend that, in general, the legislation should not apply to documents prepared before the legislation came into force; Canada's Joint Committee, on the other hand, recommended that all documents be covered.

### (b) Time Limits

If it is to have meaning, access provided by the legislation must be timely. Some sort of deadline therefore seems to be required for answering requests made under the legislation.

However, it is important that the deadlines imposed on the government be realistic; while strict, they must not be so short as to lead to routine and unavoidable non-compliance. It also seems desirable that the time limits set out in the legislation be drawn with a view to:

- (a) placing a duty on the citizen to frame his request in a reasonable and intelligible manner;
- (b) allowing an informal exchange of correspondence aimed at defining the original request and ensuring that the citizen has an idea of what his request is likely to lead to; and
- (c) providing some flexibility for dealing with requests which by their nature will require inordinate time or resources to fulfil.

(c) Fees

Since the legislation establishes a new service to be provided by the government, it would be reasonable to assume that applicants should be required to pay fees for obtaining documents which they request. While there seems to be general acceptance of the need for a reasonable application fee, to deter frivolous applications, there is considerable room for debate as to the extent to which the government's costs of searching for, reviewing and reproducing documents should be recovered from the requestors by way of fees.

Search costs will vary from department to department, and will depend to a large degree on the efficiency of departmental filing systems and the competence of the people making the search. It would be unfair to recover search costs from applicants when to do so would be to penalize applicants for inefficiency over which they have no control. On the other hand, it would seem reasonable to require that portion of the public which avails itself of the service to contribute towards at least part of the actual search costs incurred as a result of their requests.

Review costs should probably not be totally recovered from fees, because of the danger that review fees could be used or perceived as de facto means of frustrating requests for documents. Partial recovery of costs, however, may be reasonable.

Reproduction costs could be made fully recoverable, since they are easily and objectively calculated. It might be useful, however, to permit departments, in the case of searches which turn up large quantities of material, to make sure that the applicant is willing to pay the costs of reproduction.

For the foregoing reasons, total cost recovery is probably out of the question. It is interesting to note that under the U.S. Freedom of Information Act, agencies may charge applicants only for the actual costs of search for and reproduction of documents. From 1975-76 reports submitted to Congress, it appears that the percentage of costs actually recovered by agencies is less than 5 per cent.

Allowing the fees to be waived in certain cases, as the American law does, would increase the costs attributable to the administration of the legislation.

The Joint Committee recommended that charges should be reasonable and limited to the "direct cost of search for and copying of the documents requested". It also recommended that fees be waivable in certain circumstances. The Committee opposed the imposition of charges for "administrative examination or review of documents for a decision on release".

#### (d) Severability

Since the object of the freedom-of-information legislation is to make the maximum amount of government information available, it follows that efforts should be made to allow access to those portions of exemptable documents which, of themselves, would not be exempt. Various alternatives are available for implementing the principle of severability, but among those that have been made public a majority seem to favour allowing government agencies some degree of discretion in separating what

can be practicably extracted from exempted documents. This approach seems more sensible if compared for instance to sentence-by-sentence or paragraph-by-paragraph review of documents, which is not cost-effective. Any discretion a department would use in extracting non-exempt portions would be subject to the examination of the review body.

The Joint Committee was also in favour of what it called "segregability".

(e) The Nature of a Request

The legislation might usefully deal with requests which amount to a number of specific requests combined in one. Providing some discretion to check abuse may be necessary.

(f) Interested Department

Freedom-of-information requests will apply to both originals and copies of documents which may be disseminated among departments. In order that a consistent approach be taken in respect of requests to different government institutions for their copies of the same document, the legislation could perhaps provide that the department with the major interest in the document (normally the originator) be given the power to take decisions on release. The legislation could state that a department other than the one having a major interest may transfer a request to the interested department within 15 days (notice being given to the applicant). The time limit for deciding on release would start running as of the date of transfer. While this procedure would as a rule be optional, provision could be made for the regulations to determine the classes of documents for which transfer would be mandatory. The 15-day time limit would not unduly delay the decision on release, and could be extended when voluminous requests have to be processed.

(g) Government Institutions Subject to Freedom of Information

In principle, the freedom-of-information legislation should be made to apply to all departments and to as many other government institutions as possible. The question arises, however, whether there

may be some justification in excluding from the purview of the Act certain non-departmental institutions which can be said to constitute special cases because either they are under an obligation to remain at arm's length from the Executive or they carry out their operations in a non-governmental environment.

One such group is the quasi-judicial and regulatory organs e.g. the CRTC, the CTC and the NEB. A number of arguments are usually advanced for not extending the application of the legislation to these bodies. It is stated that if they have to release information under their control they will no longer be in a position to carry out their functions properly or to continue to obtain reliable information in the future. It is also suggested that since most of the information under their control would normally fall under one of the exemption heads, little use is achieved by placing them in a position to have to refuse on a systematic basis requests for access.

However, the possibility of an exemption to protect quasi-judicial proceedings has been discussed earlier in the paper, to make information available while minimizing the risks of disrupting proceedings before these bodies. Such a "temporary exemption" would operate to protect information in respect of a matter before a board, commission or a tribunal only until such time as the matter had been disposed of by means of a final decision or report. Afterwards, the information would be accessible unless it fell under one of the other exemptions. It is expected that the temporary character of such an exemption would allow an appreciable amount of information under the control of these bodies to become available. It is worth noting that a recent study paper released by the Law Reform Commission has concluded that quasi-judicial and regulatory agencies should be subject to any general freedom-of-information legislation enacted by Parliament, without the necessity of a separate and special access régime (although the paper suggested that consideration also be given to granting an even greater degree of access to participants in their proceedings).

Government bodies operating in a commercial or quasi-commercial environment also constitute a special case. It is true that a sizable portion of the information under their control would probably be

protected under the commercial and financial exemption, and that therefore the legislation would not jeopardize the information vital to their operations. More relevant, however, is the administrative burden the legislation would impose on these bodies. Having to respond to freedom-of-information requests could put them somewhat at a disadvantage in relation to their competitors and thereby hinder their chances of achieving their corporate or commercial objectives.

Finally, the Auditor General and the Commissioner of Official Languages hold a special position in the government organization. The main purpose of these agents is to investigate certain areas of Executive action, to gather information and to report direct to Parliament. The effect of freedom-of-information legislation on them would be to divert to the general public information primarily destined for Parliament.

All the foregoing institutions might be considered for special treatment under the freedom-of-information legislation.

(h) Public Archives

Freedom of information will inevitably have a significant impact on the Public Archives which acts as a repository for the major bulk of government documentation no longer required for operational use. Under the Access Directive adopted by Cabinet in June 1977, the Public Archives already has in place an informal system of access to government records which are either less than 30 years old or have been declared unclassified by originating departments. There would appear to be no compelling reason to remove from the application of the Act the large quantities of records now in the possession of the Archives. As well, limiting the application of the Act to those documents in the Archives which are not readily available to the public would impose on the Archives two distinct access regimes which might lead to confusion and duplication. It may be necessary, therefore, to provide that all documents in the Public Archives (be they classified or not) fall under the purview of the Act, to ensure that decisions on whether to release requested documents are made with the proper expertise being brought to bear. The Archives would be under an obligation to refer requests to originating departments, along the lines

considered in section (f) above. With this referral system, it would not be necessary for the Public Archives to build up expertise in all the exemption areas in order to argue effectively before the review authority the merits of denying access to documents covering all aspects of government operations.

(i) Parliamentary Review

Given the importance of the right of access to be created by this legislation, it seems important that its implementation should be subject to ongoing supervision by a parliamentary committee. The workload for the committee would not, at least for a number of years, justify a special committee; rather than leave this matter with a normal policy committee of the House, it may be wise to allow for review by the Standing Joint Committee on Regulations and Other Statutory Instruments, which has been very interested in the subject. In view of the potential impact of the legislation, the same Committee could perhaps be given a special mandate to review the Act three years after its operation, with a view to recommending changes. Particular attention could be given at that time to the wording of the exemptions.

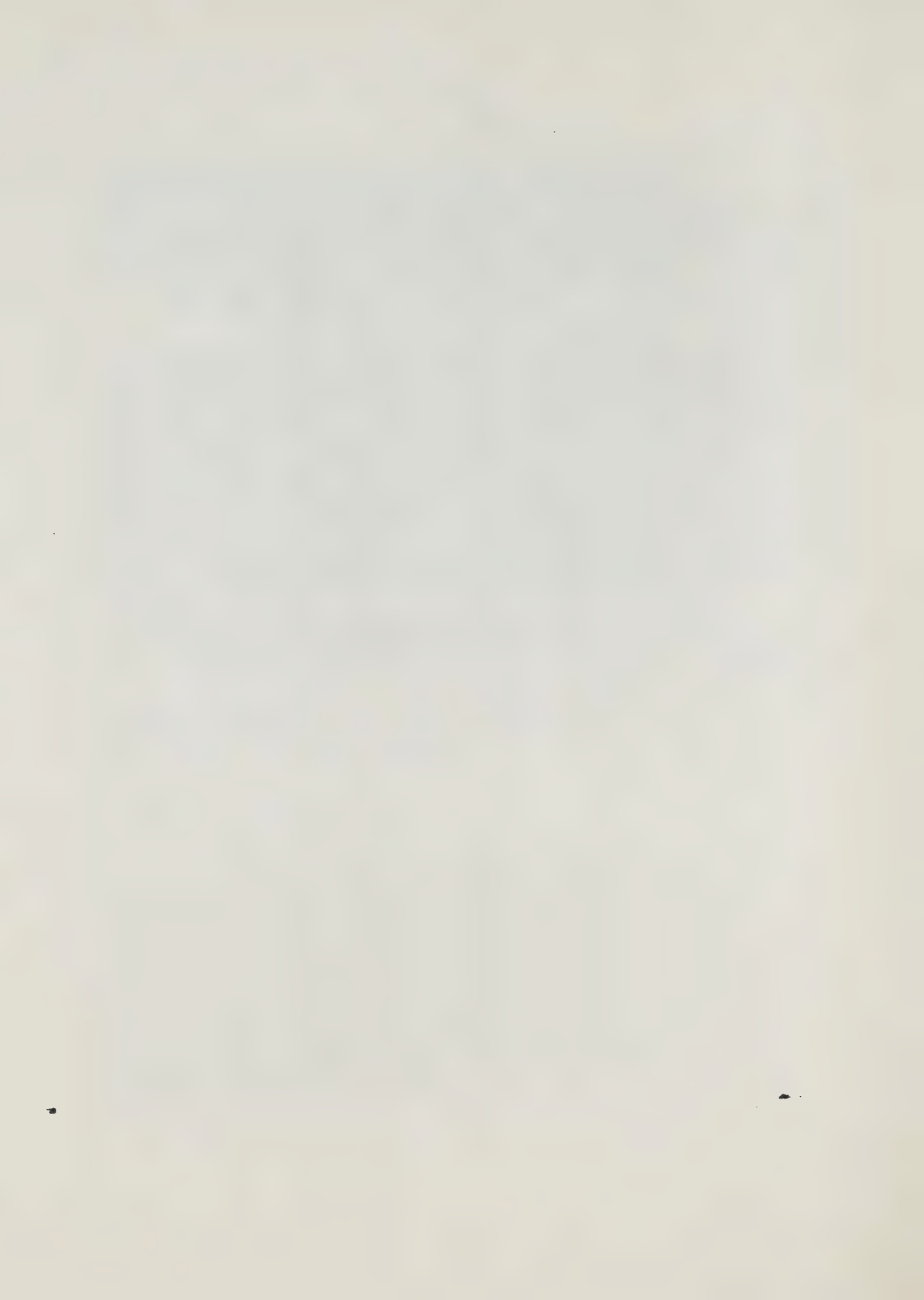
Consideration might also be given to requiring regulations to be pre-published 90 days before their intended approval. This would allow the Joint Committee to review them.

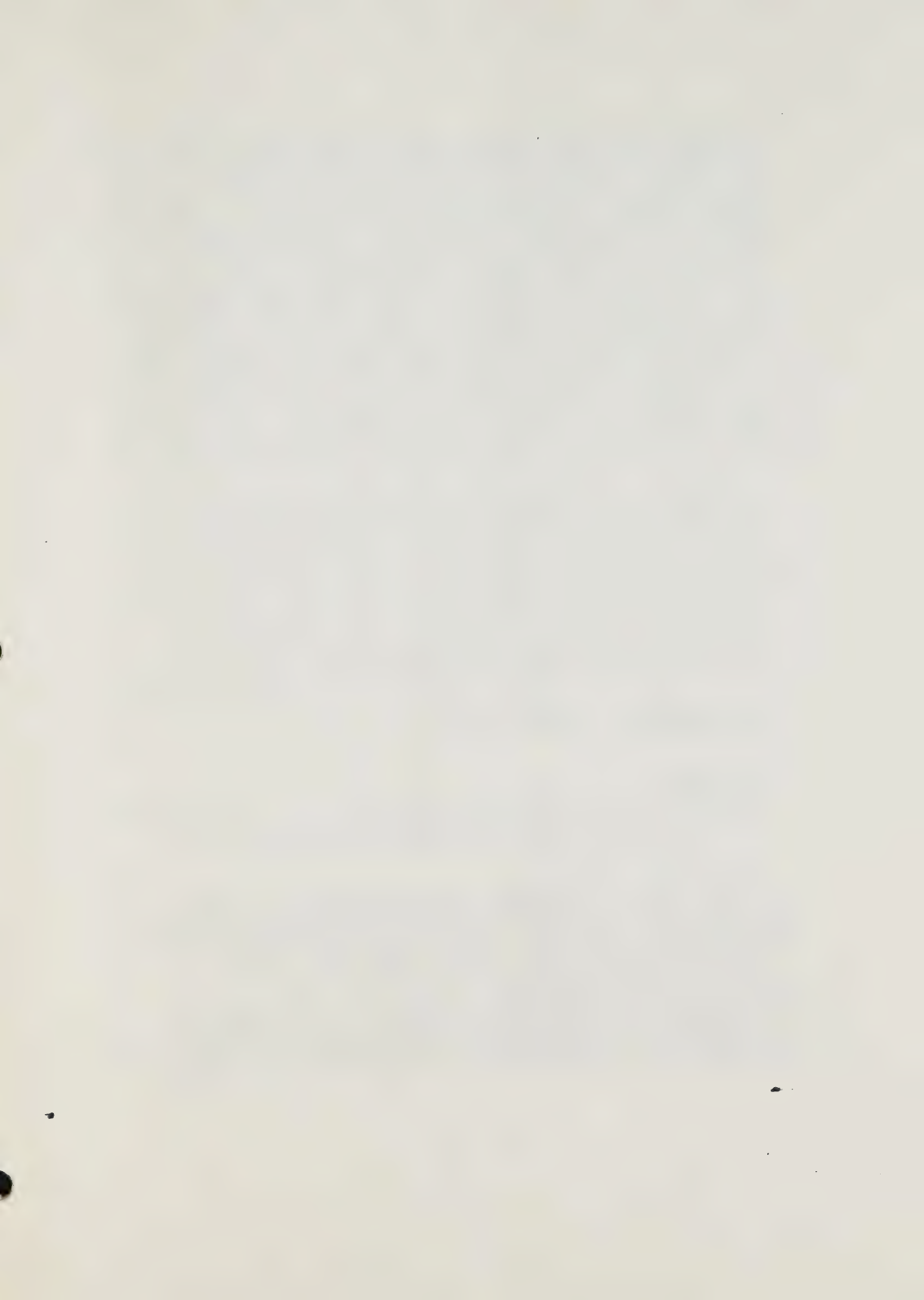
FINANCIAL CONSIDERATIONS

In the absence of accurate assessments of demand for information it is difficult to predict with confidence the annual cost of administering the new legislation. The 1977 Green Paper estimated, on the basis of the U.S. experience, that the processing of applications by departments would amount to slightly over \$10 million per annum, and that an additional \$800,000 would be required for the staff (30 man-years) of the Office of the Information Commissioner. The recent study released by the Law Reform Commission contested those figures and claimed that the expenses would be considerably lower.

A number of variables in the legislation will have an impact on costs. The way in which the exemptions are worded will have a direct relationship to the time required to arrive at a decision. If the exemptions are made up of "classes" of documents or if they can be claimed when the lowest level of injury can be caused by release, they will be fairly simple to administer. Conversely, if they are based on subjective factors or if they are complex, decisions on release will become highly judgmental and require the participation of officials with substantive expertise in the areas dealt with by the document. Higher costs will result. The design of the review process will have a direct bearing on costs. Unlimited access to judicial review will lead to litigation, which in turn will place heavy demands on the government's legal personnel. Initial review by an Information Commissioner or an Ombudsman, or both, may help reduce costs, although it is inevitable that their offices will have to be adequately staffed to be workable.

Other less substantive aspects of the legislation, such as the fees, deadlines, requirement for severing documents, and retroactivity, will also have a direct bearing on costs.





personnel juridique du gouvernement. Un examen initial  
par un commissaire à l'information, ou un ombudsman (ou  
les deux) peut contribuer à réduire les dépenses, mais  
ils devront quand même avoir le personnel nécessaire.  
D'autres facteurs secondaires influent  
directement sur les coûts. Ainsi en sera-t-il des  
droits, des délais, de la séparation des documents et  
de la rétroactivité de la loi.

création d'un comité spécial, et il est donc proposé que, plutôt que de laisser l'examen de cette question à un comité de politique ordinaire de la Chambre, il serait peut-être bon de le laisser au Comité mixte permanent des règlements et autres textes réglementaires qui s'y est toujours intéressé. On pourrait conférer à ce comité le mandat spécial d'étudier la loi trois ans après sa mise en vigueur en vue de proposer des modifications et de s'occuper du libellé des exemptions.

On pourrait aussi penser à exiger que les règlements soit produits 90 jours avant leur approbation pour que le Comité mixte ait l'occasion de les étudier.

## CONSIDÉRATIONS FINANCIÈRES

Il est difficile d'évaluer la demande que la loi engendrerait et donc de calculer son coût annuel. Dans le livre vert de 1977, on estimait selon l'expérience des États-Unis, que le traitement des demandes coûterait un peu plus de \$10 millions par an, en sus des \$800,000 pour le personnel (30 années-personnes) du Bureau du Commissaire à l'information. Une étude récemment publiée par la Commission de réforme du droit conteste ces chiffres et affirme que le coût en serait considérablement moins élevé.

Diverses variantes influent sur les coûts. Le libellé des exemptions influera directement sur le temps nécessaire à une prise de décision. S'il s'agit de "catégories" de documents ou si une exemption peut être invoquée quand le moindre degré de préjudice est en cause, elles sont assez faciles à appliquer. Mais si les exemptions sont trop complexes ou sont fondées sur les facteurs subjectifs, les décisions relatives à la divulgation de documents pourraient se révéler très arbitraire et donc nécessiter l'apport de représentants ayant une expérience considérable dans le domaine affecté au document. Il y a donc augmentation du coût. Comme il a déjà été dit, la conception du processus de contrôle aura un effet direct sur le coût de l'application de la loi. Un accès illimité à l'examen judiciaire entraînerait des litiges qui accroissent de beaucoup le volume de travail du

En raison de l'importance du droit d'accès conféré par cette loi, il semble essentiel d'assujettir son application à l'examen suivi d'un comité parlementaire. La charge de travail du comité ne justifierait pas, au moins pour quelques années, la

# 1) Examen parlementaire

L'accès à l'information aura nécessairement une forte incidence sur les Archives publiques qui sont le dépositaire de la masse de documents inactifs du gouvernement. En vertu de la directive sur l'accès à l'information adoptée par le Cabinet en juin 1977, les Archives publiques ont déjà mis en place un système d'accès aux documents du gouvernement qui sont vieux de trente ans ou qui ont été déclassifiés par les ministères concernés. Il semble n'y avoir aucune raison majeure de soustraire à l'application de la loi les nombreux dossiers que possèdent déjà les Archives. En outre, limiter l'application de la loi seulement aux documents qui ne sont pas directement accessibles au public imposerait aux Archives la tâche d'établir deux systèmes d'accès distincts, ce qui pourrait engendrer confusion et double emploi. Il est donc proposé que tous les documents des Archives publiques (qu'ils soient classifiés ou non) tombent sous le coup de la loi. Afin de garantir le bien-fondé de toutes les décisions relatives à l'accessibilité des documents, les Archives seraient tenues de référer les demandes au ministère intéressé conformément aux stipulations du point f) ci-dessus. Avec ce système de référence, les Archives publiques n'auraient pas à constituer des arguments pour tous les secteurs d'exemption afin de faire valoir, devant les autorités chargées de l'examen, le bien-fondé d'un refus de documents relatifs à tous les aspects des opérations du gouvernement.

# h) Archives publiques

Toutes les institutions précédentes pourraient faire l'objet de considérations spéciales dans la loi sur l'accès à l'information.

renseignements destinés au Parlement.

Toutefois, on a proposé une exemption destinée à protéger les procédures quasi judiciaires; celles-ci permettraient de communiquer des renseignements tout en réduisant au minimum le risque de perturber les procédures. Proposée comme "exemption temporaire" elles est destinée à protéger les renseignements relatifs aux affaires entendues par les conseils, les commissions ou les tribunaux jusqu'à l'étape finale de la décision ou du rapport. Par la suite, ces renseignements pourraient être transmis à moins qu'ils ne soient protégés en vertu d'une autre exemption. On croit que cette disposition permettra la diffusion d'une assez grande quantité de renseignements. Il convient de mentionner que dans une de ses études récentes, la Commission de réforme du droit en est venue à la conclusion que les organismes quasi judiciaires et réglementateurs devraient être assujettis à toute loi générale sur l'accès à l'information promulguée par le Parlement sans qu'il soit nécessaire d'élaborer à leur intention un système distinct et spécial d'accès aux renseignements (bien qu'elle propose qu'on envisage d'augmenter les possibilités d'accès des parties en cause).

Les organismes gouvernementaux qui exercent leurs activités dans un milieu commercial ou quasi commercial constituent également un groupe spécial. Il est vrai qu'une importante quantité de leurs renseignements serait protégée en vertu des exemptions relatives aux documents de nature commerciale et financière et que, par conséquent, la loi ne les obligerait pas à diffuser des renseignements qui pourraient compromettre leurs opérations. Mais le point le plus important à considérer est le fardeau administratif qui leur serait imposé. Le fait d'avoir à donner suite aux demandes d'information pourrait les désavantager par rapport à leurs concurrents et ainsi leur nuire dans leurs efforts pour réaliser leurs objectifs corporatifs ou commerciaux.

Enfin, le Vérificateur général et le Commissaire aux langues officielles occupent des postes spéciaux au sein du gouvernement. Leur rôle principal consiste à enquêter sur certains aspects des activités de l'exécutif, de recueillir des renseignements et de faire rapport directement au Parlement. Les assujettir à la loi aurait pour effet de communiquer au public des

(normalement l'auteur du document) soit autorisé à se prononcer sur la communication de l'original ou des copies. Ainsi, la loi pourrait stipuler qu'une demande reçue par un ministère autre que le principal intéressé soit transmise à ce dernier dans un délai de quinze jours (avec avis au requérant), et que le délai de décision s'applique à compter de la date du transfert. De façon générale, cette façon de procéder serait facultative, mais les règlements pourraient énumérer des catégories de documents dont le transfert serait obligatoire. Le délai supplémentaire de quinze jours ne prolongerait pas indûment la période prévue pour la décision de divulgation. Ce délai pourrait évidemment être prolongé quand les demandes s'appliquent à de nombreux documents.

## g) Institutions gouvernementales soumises à la

Loi sur l'accès à l'information

En principe, la loi devrait s'appliquer à tous les ministères et à autant d'autres institutions du gouvernement que possible. Il reste à déterminer toutefois si l'on peut justifier de soustraire à la loi certaines institutions non ministérielles qui peuvent être considérées comme des cas spéciaux en raison du fait qu'elles sont tenues de garder une certaine distance vis-à-vis de l'exécutif ou parce qu'elles exercent leurs activités dans un milieu non gouvernemental.

Mentionnons à titre d'exemple les organismes quasi judiciaires et réglementateurs comme le CRC, la CCT, et l'ONE. Un certain nombre d'arguments sont habituellement invoqués pour soustraire ces organismes à l'application de la loi. On soutient que s'ils ont à diffuser des renseignements qui relèvent d'eux, ils ne seront plus en mesure d'exercer adéquatement leurs fonctions ni d'obtenir des renseignements sûrs dans l'avenir. On fait valoir également que la plupart des renseignements dont ils disposent tomberaient normalement sous le coup d'une des exemptions et que, par conséquent, on ne gagnerait rien à les obliger à refuser systématiquement les demandes de renseignements.

documents demandés". Il recommande aussi que ces droits ne soient pas imposés dans certaines conditions. Il s'opposait à l'imposition d'un droit pour l'examen administratif des documents pour établir s'ils devraient être divulgués".

#### (d) Séparation des documents

Etant donné que le but d'une loi sur l'accès à l'information est de rendre public le maximum de renseignements, il s'ensuit que des efforts devraient être faits pour communiquer les portions de documents exemptés. Plusieurs moyens sont possibles pour arriver à cette fin, mais celui qui semble le plus acceptable permettrait aux institutions gouvernementales une certaine marge de manœuvre pour extraire ce qui peut être raisonnablement séparé des documents. Ce mode est plus sensé que, par exemple, soumettre l'institution à l'obligation d'examiner un document phrase par phrase ou paragraphe par paragraphe afin de décider de ce qui devrait être communiqué - ces deux modes étant très dispendieux à appliquer. Les décisions prises par les institutions gouvernementales à cet égard, devraient elles aussi être soumises à l'examen de l'organisme de révision.

Le Comité mixte favorisait également ce qu'il appelle la "ségrégation des documents".

#### (d) La nature des demandes

La loi pourrait traiter aussi des demandes qui sont formulées de manière à regrouper plusieurs demandes en une seule. Les fonctionnaires devraient donc être habilités à contrôler les abus évidents.

#### (f) Ministères intéressés

Certaines demandes s'appliquent à la fois aux originaux et aux copies de documents diffusés dans divers ministères. Pour que soient coordonnées les demandes adressées à différentes institutions gouvernementales de même que la remise de leurs exemplaires du même document, il faut prévoir que le ministère ou organisme le plus directement intéressé

controverser quant à savoir si le gouvernement est en droit de se faire dédommager des coûts de recherche, d'examen et de reproduction des documents.

Les coûts de recherche varieront d'un ministère à l'autre, et dépendront pour une large mesure, de l'efficacité du système d'archives de chaque ministère et de la compétence de ceux qui sont proposés à la recherche des documents. Il ne serait pas équitable d'exiger du requérant de défrayer tous les coûts de recherche lorsque ceux-ci sont en partie attribuables à l'inefficacité des institutions gouvernementales. Cependant étant donné qu'il s'agit d'un service offert aux requérants, il semble raisonnable que ceux-ci doivent défrayer une partie des coûts de recherche réels.

Les coûts d'examen ne devraient probablement pas dans leur totalité faire l'objet de droits exigibles étant donné qu'ils pourraient être utilisés pour décourager les demandes de documents. Cependant, ici encore, un dédommagement partiel serait raisonnable.

Les coûts de reproduction devraient être entièrement défrayés puisqu'ils peuvent être évalués facilement et avec précision. La loi devrait cependant permettre aux requérants, lorsqu'il s'agit de reproduire une grande quantité de documents, d'exiger à l'avance du requérant une somme afin de s'assurer qu'il défrayera la totalité des coûts de reproduction.

Il n'est donc pas question de faire payer un demandeur la totalité des coûts inhérents à sa demande. Il est noté qu'en vertu de la loi américaine, les institutions gouvernementales ne peuvent exiger du requérant que les frais de recherche et de reproduction. Les rapports présentés au Congrès en 1975 et 1976, démontrent que moins de 5% des frais encourus pour donner suite aux demandes sont récupérés.

Prévoir une dispense de droits, comme le propose la loi américaine, augmenterait les coûts inhérents à la mise en oeuvre de la loi.

Le Comité mixte recommande que les droits soient raisonnables et qu'ils couvrent seulement le "coût direct de la recherche et de la reproduction des

Invariablement, il sera beaucoup plus coûteux et complexe d'appliquer la loi aux documents préparés avant l'entrée en vigueur de la loi que les autres documents. Le Comité interministériel sur l'accès à l'information du gouvernement de l'Australie a même recommandé que la loi ne s'applique pas aux documents datant d'avant l'adoption de la loi; le Comité mixte a par contre recommandé de les inclure.

## b) Délais

Il est essentiel que l'accès à l'information soit expéditif pour être valable. La loi devrait donc fixer des délais pour donner suite à une demande de documents.

Il faut quand même qu'ils soient réalistes c'est-à-dire pas si rapprochés qu'ils entraînent des retards constants et évitables. Ces délais devraient être établis en vue

a) de prévoir que le citoyen formule sa demande de manière raisonnable et intelligible;

b) de permettre à l'autorité compétente d'écrire aux requérants pour préciser la nature des demandes originales et leur donner une idée des documents qui pourront probablement leur être remis; et

c) de prévoir une certaine souplesse avant de consacrer trop et temps et de ressources à la recherche de certains renseignements.

## c) Droits

Étant donné que la loi créera un nouveau service offert par l'Administration, il semble raisonnable que les requérants doivent payer des droits pour obtenir communication des documents qu'ils demandent. S'il est généralement accepté qu'il est nécessaire d'exiger des droits lors de la demande, afin d'éviter les demandes frivoles, il y a matière à

fédérale de la façon normale ou devant un comité de trois juges.

d) Il est probable que dans la plupart des cas où des exemptions seront invoquées, le tribunal, plutôt que d'examiner la question à fond et de substituer sa décision à celle du ministre, opterait pour l'examen de la décision du gouvernement pour ensuite l'approuver si celle-ci lui paraissait raisonnable. Cette méthode conviendrait pour e qui est de nature très délicate; ainsi, il serait peut-être souhaitable de demander à l'autorité compétente d'examiner le caractère "raisonnable" de la décision dans les cas où un ministre soutiendrait que la diffusion d'un document pourrait porter atteinte aux relations internationales ou à la défense nationale.

#### QUESTIONS ADMINISTRATIVES

a) Entrée en vigueur de la loi

Il faut reconnaître que l'application de la Loi sur l'accès à l'information nécessitera beaucoup de travail pour élaborer les procédures et l'organisation nécessaires. Si la loi entrerait en vigueur avant que ces travaux soient achevés, tout ne serait que désordre et déceptions.

Il y a diverses façons de s'assurer que les rouages administratifs soient en place: primo, adopter la loi par proclamation, secundo, exiger une proclamation par chaque organisme, dans un certain délai légal et, tiercio, établir des délais différents, selon que la date du document se situe avant ou après la date de proclamation.

Une autre option consiste à éliminer toute possibilité d'examen lorsqu'il s'agit de tels renseignements. Cette méthode tient parfaitement compte du principe de la responsabilité ministérielle, mais il reste à savoir si elle n'invalide pas le droit légal de l'accès à l'information.

#### Procédure d'appel spéciale en matière de relations internationales et de défense nationale.

Un processus spécial pourrait être adopté, pour l'examen des documents exemptés et relatifs aux relations internationales et à la défense nationale compte tenu de la nature délicate des renseignements contenus dans ces documents.

Voici les diverses possibilités:

a) Renvoyer les appels directement à la Cour fédérale, laquelle mettrait sur pied à cette fin un comité spécial de trois juges qui seraient dûment habilités au secret.

b) Faire faire l'examen initial par le commissaire à l'information ou par un ou par deux de ses assistants désignés particulièrement pour ces cas. Si après cet examen, la divulgation des documents en question n'était pas autorisée, l'appel, le cas échéant, serait interjeté devant la Cour fédérale. On pourrait ici envisager de permettre au gouvernement de demander à trois juges d'entendre la cause.

c) Constituer un comité spécial de trois personnes possédant de l'expérience dans le domaine de la défense nationale ou des relations internationales, et leur attribuer un rôle d'examinateur semblable à celui de l'ombudsman; les décisions du ministre pourraient faire l'objet d'un appel interjeté devant la Cour

Légaux, ou sur un malentendu entre un particulier et un ministère. Dans ce cas, il n'est pas habituellement nécessaire de prendre une décision. Si l'ombudsman ne remplit pas le rôle d'arbitre il peut appuyer la cause du requérant et persuader le ministère de consentir à rendre public le document demandé. Si le rôle d'honnête médiateur qu'il serait appelé à remplir ne donnait pas de résultats, il pourrait faire une recommandation officielle, dont serait saisi le requérant également. Le mécanisme d'appel pourrait être élaboré de telle sorte que l'ombudsman puisse contester une décision ministérielle et représenter les intérêts du requérant en justice. Une telle représentation serait particulièrement valable, car il serait autorisé à prendre connaissance du document et à plaider avec fermeté contre une exemption.

#### Examen interne

Cette méthode permet au requérant dont la demande a été rejetée de faire revoir la décision par le chef ou le sous-chef de l'organisme en question. Bien que cet examen exerce quand même une certaine pression sur le chef ou sous-chef, le ministère retient tout le contrôle sur la communication d'un document visé par la loi. Le requérant pourrait donc croire qu'on lui a nié son droit à une décision juste.

#### Méthodes combinées

Les méthodes mentionnées plus haut ne sont pas mutuellement exclusives et peuvent être combinées pour accroître la souplesse et l'efficacité de l'examen des plaintes.

Il pourrait être dit que les exemptions ayant pour but de protéger les intérêts de l'Etat (relations internationales, défense nationale et application de la loi) sont si étroitement liées à la responsabilité ministérielle que l'examen devrait en être fait de manière à réduire au minimum les risques de divulgation. Uniquement dans ces cas, un organisme spécial serait chargé de l'examen, avec ou sans recours à un examen judiciaire par la suite.

la Cour fédérale puis, avec l'autorisation nécessaire, à une tribunal supérieur. Il serait permis au requérant comme au gouvernement de demander la permission d'appeler de la décision du commissaire à l'information. Deuxièmement, l'examen judiciaire pourrait se confiner aux motifs énoncés dans l'article 28 de la Loi sur la Cour fédérale, c-a-d. contraire au principe d'impartialité, erreur de justice ou constatation d'un fait dénaturé ou inconsequent.

Le commissaire à l'information pourrait donc régler la plupart des cas, car le requérant et l'institution gouvernementale ne seraient pas portés à contester sa décision devant les tribunaux qui auraient néanmoins à se pencher sur un certain nombre d'appels, facteur qui encouragera sans doute des jugements impartiaux. De plus, on peut s'attendre à ce que le commissaire fasse preuve d'impartialité en sachant qu'il y aurait possibilité d'en appeler de sa décision.

#### b) Examen initial d'un ombudsman

Sous ce régime, les plaintes relèvent avant tout d'un ombudsman chargé de l'accès à l'information. Il peut conclure son enquête par une confirmation du refus ou par une recommandation exigeant que le document soit communiqué par le ministère visé. Si le ministère se conforme à sa décision, son travail se termine là. Si son avis est rejeté, le requérant peut se pourvoir en appel devant la Cour fédérale. La quantité des appels n'est pas inquiétante, car la plupart des ministères se plieraient à la recommandation de l'ombudsman et, dans le cas d'un refus confirmé, le requérant serait probablement satisfait de l'examen. (Il s'agit de façon générale du régime décrit dans le projet de la loi modèle proposé en mars dernier par l'Association du barreau canadien).

La solution de l'ombudsman ne paraît pas à prime abord aussi efficace que celle du commissaire à l'information muni d'un pouvoir décisionnel. Cependant selon l'expérience tirée de la partie IV de la Loi sur les droits de la personne, un grand pourcentage des plaintes dont est saisi le Commissaire à la vie privée (investi des pouvoirs d'un ombudsman) portent sur la confusion éprouvée par certains quant à leurs droits

Il serait stipulé que le tribunal de première instance pourrait interjeter appel après d'une juridiction supérieure, et, en dernier ressort, à la Cour suprême.

Le premier attrait du recours au pouvoir judiciaire est que l'examen des plaintes relèverait d'organismes qu'il est impossible d'accuser d'avoir des liens avec un gouvernement ou un groupe de pression. Après un certain laps de temps, les tribunaux auront établi un recueil de décisions qui serait utile au gouvernement dans le règlement des plaintes. L'inconvénient serait l'éventualité d'un déluge de litiges en matière d'accès à l'information, surtout peu après l'entrée en vigueur de la loi. Le même fardeau affligerait la Cour fédérale si elle représentait le seul recours possible. Toutefois, si la cour n'intervenait qu'à la suite d'un examen initial, ou un organisme indépendant, comme le propose l'option traitant d'un examen judiciaire indirect (décrite ci-dessous), moins de revendications seraient soumises aux tribunaux.

#### Examen judiciaire indirect

a) Examen initial d'un commissaire à l'information

Sous ce régime, les plaintes sont portées en première instance à un commissaire à l'information. La loi pourrait lui attribuer la compétence d'examiner minutieusement les documents afin de déterminer le bien-fondé de l'exemption revendiquée par une institution gouvernementale et d'en ordonner la divulgation si l'exemption n'était pas justifiée. Puisque la création du poste de commissaire représenterait une institution entièrement nouvelle mise sur pied par le Parlement aux fins précises de l'accès à l'information, la loi devrait prescrire une procédure officielle en fonction de la nature même et de la qualité des plaintes dans ce domaine. Pour compenser le grand volume de travail prévu, une commission composée de trois personnes pourrait être créée pour travailler individuellement ou ensemble.

Il y a deux façons d'effectuer l'examen judiciaire. D'abord, les décisions du commissaire à l'information seraient susceptibles d'appel auprès de

Les deux situations, l'accès des tribunaux aux documents de l'administration et l'accès de l'organisme de révision de la loi, diffèrent quelque peu. Les droits que doivent établir les tribunaux sont d'un ordre supérieur (surtout lorsqu'ils visent la liberté d'une personne) à celui du droit d'accès à l'information administrative.

Les diverses possibilités relatives à l'examen des plaintes sont décrites ci-dessous.

#### Examen judiciaire direct

Ce régime correspond à l'examen par un organisme indépendant prévu par la loi sur l'accès à l'information des Etats-Unis. Il permettrait au requérant d'en appeler directement aux tribunaux si sa demande était rejetée. Les tribunaux auraient accès au document pour l'examiner et déterminer si l'exemption est justifiée. Si elle ne l'est pas, les tribunaux seraient habilités à ordonner au ministre ou à son ministère d'en autoriser l'accès au requérant. Par conséquent, l'examen même de l'affaire et la décision définitive s'inscrivent en dehors du pouvoir exécutif.

Il faut faire en sorte que les formalités concernant le recours aux tribunaux ne soient pas coûteuses ou fastidieuses dans les cas de liberté d'accès à l'information, faute de quoi seuls les sociétés, les groupes d'intérêt et les plus nantis s'en prévaudraient.

Mais de quels tribunaux relèveraient les litiges en matière d'accès à l'information? Le premier choix qui vient à l'esprit est celui de la Division de première instance de la Cour fédérale qui révisait ordinairement les décisions des organismes administratifs fédéraux. Ce tribunal serait préférable car il est peu probable qu'une loi fédérale puisse dicter les règles de procédure d'un tribunal à compétence provinciale, malgré tous les avantages de cette solution. Il serait peu probable que des règles uniformes et simples puissent être établies d'une province à l'autre.

faire enquête et de prendre une décision sur le bien-fondé de la plainte. La décision d'un tiers qui prévaut sur celle de l'institution gouvernementale compromet toutefois un principe de démocratie parlementaire, plus précisément celui de la responsabilité ministérielle. Dans un régime parlementaire, il incombe au ministre de déterminer dans quelle mesure une décision influe sur les intérêts de l'Etat et d'autres intérêts de nature privée ou commerciale, qui doivent être sauvegardés. Si ses décisions ou celles de ses fonctionnaires ne sont pas acceptables, le Parlement et l'électorat peuvent renverser le gouvernement. Par contre, nier un examen indépendant pour l'unique raison qu'il porte préjudice à la responsabilité ministérielle voudrait dire que le droit d'accès n'est que symbolique.

La question de l'examen par un tiers doit être étudiée dans le contexte plus général de l'accès à l'information. A l'heure actuelle, le pouvoir judiciaire qui est appelé à prendre des décisions sur toute une gamme de droits (dont un grand nombre ont plus d'importance que le droit d'accès) et à ordonner que soient produits les documents gouvernementaux concernant un litige, est régi par l'article 41 de la Loi sur la Cour fédérale qui définit la portée de l'immunité de la Couronne en matière de preuve. En vertu du paragraphe 2 de cette disposition, un affidavit du ministre qui établit que la communication d'un document "pourrait porter préjudice aux relations internationales, à la défense ou sécurité nationale ou aux relations fédérales-provinciales" ou "révélerait une communication confidentielle du Conseil privé de la Reine pour le Canada" est absolu et un tribunal ne peut examiner les documents en cause et doit s'en tenir à la décision ministérielle. Ce serait donc une anomalie dans un litige que de nier à un tribunal l'accès à un document, aux termes de l'article 41, et de permettre à un organisme d'examen indépendant de prendre connaissance du même document pour qu'il établisse si un refus de communication est justifié en vertu d'Une exemption à la loi sur l'accès à l'information.

La radiation du caractère absolu du privilège de la Couronne énoncé au paragraphe 41(2) éliminerait une entrave appréciable à l'adoption d'un examen indépendant et exhaustif dans le cadre de l'accès à l'information. Cependant, cet examen ne découlerait pas forcément de l'abrogation de cette disposition.

qu'en vertu d'une ordonnance de la cour. Il serait préférable, de soustraire cette loi à l'application de la loi sur l'information, ou tout au moins, de porter le paragraphe 60(2) de la Loi électorale du Canada sur la liste de dispositions auxquelles une protection absolue sera fournie en vertu de la loi. Si ni l'une ni l'autre de ces lignes de conduite n'est adoptée, il sera nécessaire d'inclure une exemption spéciale pour les documents d'élection si la protection dont ils bénéficieraient doit être maintenue.

### (iii) Code criminel (écoute électronique)

Une protection est accordée aux informations obtenues à la suite de l'approbation d'une demande d'écoute électronique en vertu du Code criminel. L'article 178.2 du Code interdit de révéler une "communication privée" ou d'en divulguer l'existence sauf en conformité des dispositions de l'article en question. Autrement, la divulgation constitue un acte criminel. Il semble à la fois raisonnable et important que cette disposition soit laissée tel quel par la loi sur l'accès à l'information.

### (iv) Loi sur les textes réglementaires

Le quatrième régime spécial est celui de la protection accordée à certains textes réglementaires en vertu de la loi sur les textes réglementaires dont le libellé correspond à celui du paragraphe 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale. Ce régime devrait concorder avec les dispositions relatives à l'accès à l'information.

## EXAMEN DES PLAINTES

Dans les cas où une demande est rejetée, le requérant devrait avoir le droit de savoir si le refus est justifié, si son droit d'accès lui a été nié de façon arbitraire par un fonctionnaire trop zélé. Il conviendrait donc peut-être que la décision initiale soit examinée par une tierce partie. Il pourrait s'agir d'un examen interne par un fonctionnaire dont le rang est supérieur à l'auteur de la décision initiale. Autre possibilité: un organisme indépendant pourrait avoir la compétence de recevoir les plaintes suscitées par un refus de communication, de

informations est une pratique reconnue à l'échelle du globe et que parce que les renseignements sont obtenus pour déterminer la cause de l'accident et non pas pour en imputer la faute, il est particulièrement important de ne pas compromettre le processus d'obtention des informations. Ces informations ne bénéficient à l'heure actuelle d'aucune protection spéciale autre que celle fournie en vertu de la Loi sur les chemins de fer. Toutefois, des dispositions ont été insérées dans le projet de loi qui a été rédigé relativement aux investigations sur les accidents pour leur assurer cette protection spéciale. Si la solution (ii) ou la solution (iii) susmentionnée est retenue, il serait peut-être utile qu'une protection semblable soit assurée aux informations obtenues dans le cadre d'investigations menées sur des accidents.

### Régimes spéciaux

Des régimes spéciaux ont été institués en vertu de quatre lois pour protéger l'information:

#### i) Loi sur le casier judiciaire

La Loi sur le casier judiciaire interdit à quiconque de révéler qu'une personne à laquelle un pardon a été accordé possède un casier judiciaire. Compte tenu de ce régime et même si l'information pouvait figurer au nombre des exemptions prévues pour les renseignements personnels, il paraît quelque peu audacieux de prétendre que la Loi sur l'accès à l'information doit s'appliquer à ces informations. Il faudrait peut-être étudier la possibilité d'indiquer que la nouvelle loi ne s'applique pas au paragraphe 6(2) de la Loi sur le casier judiciaire, ou tout au moins que si une protection absolue devrait être prévue pour certaines dispositions du type mentionné par la solution ii) ci-dessus, le même genre de protection devrait être fournie pour les informations visées au paragraphe 6(2) de la Loi sur le casier judiciaire.

#### ii) Loi électorale du Canada

La Loi électorale du Canada exige que les "documents d'élection" soient remis au Directeur général des élections. La production ou l'inspection de ces documents par quelqu'un d'autre ne peut se faire

L'avantage est le même que l'option (ii) pour les dispositions précises, car les personnes qui fournissent les renseignements auront l'assurance d'une protection adéquate.

#### Autres domaines

Parmi les autres domaines qui pourraient avoir besoin d'une protection spéciale en vertu de la Loi sur l'accès à l'information, mentionnons les renseignements communiqués à un conciliateur oeuvrant dans le domaine des relations de travail et des informations fournies aux personnes chargées d'enquêter sur un accident.

#### 1) Conciliation

Certains sont d'avis que les parties en cause hésiteront à faire preuve de franchise avec le conciliateur si les informations qu'elles communiquent ne sont protégées que par les dispositions générales de la Loi sur l'accès à l'information et que, en conséquence, le processus de conciliation pourrait en souffrir. En faisant valoir ce point, ils sont conscients que la plupart des renseignements fournis à un conciliateur pourraient figurer au nombre des exemptions que la Loi doit prévoir pour les renseignements personnels et les informations d'ordre commercial et financier. Pour le moment, la divulgation de ces informations n'est pas interdite totalement par le Code canadien du travail. Ainsi, pour garantir une protection absolue aux informations du type mentionné dans les solutions (ii), (iii) et (iv), une modification corrélative devra être apportée au Code canadien du travail pour en interdire la divulgation.

#### (ii) Investigations sur les accidents

Il est plausible que la qualité des informations que des investigateurs d'accidents de transport seraient en mesure d'obtenir dans le cadre de leurs enquêtes laisserait à désirer si ces informations ne bénéficiaient pas d'une protection spéciale en vertu de la Loi sur l'accès à l'information. On fait valoir que le maintien du caractère secret attaché à ces

garantir une protection pour certains types de renseignements rassemblés à des fins particulières.

iii) La troisième possibilité serait que la loi sur l'accès à l'information stipule qu'elle n'est pas applicable à certaines dispositions législatives limitativement précisées. Ce qui signifie le statu quo et que la loi ne s'applique pas.

Elle diffère très peu de la deuxième option. Toutefois, elle sous-entend un plus grand degré de protection aux renseignements visés par des interdictions légales de communication car la loi sur l'accès à l'information ne s'appliquerait pas à eux. C'est un élément important car il n'y aurait plus d'inquétude dans l'esprit des gens sur la protection que le gouvernement serait en mesure d'offrir.

Par contre, l'organisme de révision n'aurait pas juridiction sur les plaintes relatives aux demandes rejetées, sauf pour établir si les renseignements ont effectivement été obtenus aux termes d'une disposition législative, tel qu'indiqué.

iv) Une quatrième possibilité serait que la loi sur l'accès à l'information exclue de son champ d'application les dispositions législatives existantes interdisant ou restreignant la communication d'information. Le résultat serait que toutes les dispositions actuelles primeraient sur la loi sur l'accès à l'information.

Cette option représente le statu quo en ce qui concerne de telles dispositions. Il n'y aurait aucune interférence de la loi sur l'accès à l'information et il pourrait y avoir une évaluation subséquente du rapport entre les exemptions existantes et la loi.

seule loi et que la loi sur l'accès à l'information représenterait la politique du gouvernement à cet égard. D'autre part, il y a aussi les inconvénients mentionnés plus haut: la plupart sinon la totalité des renseignements pourraient être protégés sous diverses rubriques précises, mais cette protection serait accordée à discrétion, et le recours à une exemption ferait l'objet d'un examen par l'organisme de révision, on peut deviner quel serait l'effet de la nouvelle loi sur la qualité des renseignements de même que sur l'attitude et la collaboration des sources de renseignements.

11) La seconde consisterait à accorder la prééminence à la loi sur l'accès à l'information, mais à prévoir dans celle-ci des exemptions en faveur des catégories de renseignements déjà protégées par les dispositions législatives actuelles. Cela aurait pour effet de continuer d'assurer la protection de certains renseignements lorsque le besoin s'en fait sentir, et la grande majorité des dispositions relatives à la divulgation d'information seraient couvertes par une loi sur la liberté d'accès à l'information.

Pour ce faire, il faudrait décrire en termes généraux dans la loi les dispositions propres à une protection absolue ou, sinon, énumérer les dispositions particulières sur l'information à exempter dans une annexe à la loi.

Elle est aussi avantageuse en ce sens que, par la voie d'une seule loi, elle informe le public en général des dispositions importantes et pertinentes relativement à la communication de renseignements et que l'organisme de révision serait habilité à déterminer si le recours à une exemption est justifié. Elle permet également de

contexte plus général, il se pourrait aussi que des particuliers ou sociétés en viennent à éprouver un ressentiment envers le gouvernement, s'ils étaient tenus de donner de l'information confidentielle, qu'elle soit de nature personnelle, commerciale ou financière par une disposition légale, sans avoir l'assurance absolue que l'information restera confidentielle.

On ne peut affirmer avec certitude que ces résultats se réaliseront. Divers ministères et organismes chargés d'appliquer ces dispositions ont tout de même insisté sur le fait que, si la loi sur l'accès à l'information se substituait complètement aux lois existantes qui assurent une protection, l'objet de ces lois serait sérieusement compromis.

La loi sur l'accès à l'information devrait traiter du rapport entre ses prescriptions et certaines dispositions de lois et de règlements qui interdisent ou restreignent déjà la divulgation d'information. Autrement, il y aurait risque de créer une situation déplorable où, compte tenu de leur libelle particulier, certaines de ces dispositions seraient supprimées par la loi sur l'accès à l'information, certaines prévaudraient sur la loi en question et une grande ambiguïté régnerait en regard des autres. Le résultat en serait quelque peu fortuit à cause de la façon dont les dispositions ont été formulées; cela ne traduirait pas une politique sous-jacente à l'égard des dispositions qui, prévaudraient, le cas échéant, sur la loi sur l'accès à l'information.

Il semble donc y avoir quatre possibilités:

- 1) La première serait simplement d'édicter que la loi sur l'accès à l'information prévaut sur toutes les dispositions législatives interdisant ou restreignant la divulgation de renseignements. C'est donc dire que toute protection accordée à certains renseignements ne serait garantie qu'aux termes d'une exemption prévue par la loi.

L'avantage ici est que toutes les dispositions relatives à la divulgation d'information seraient réunies dans une

allocations familiales, la loi sur le régime de pensions du Canada et la loi sur l'assurance-chômage;

(11) En vertu desquels des renseignements sont requis pour les propres fins, intérêts ou avantages du gouvernement, lorsque la personne qui fournit les renseignements ne peut en dériver d'avantage personnel; il s'agit surtout d'information donnée à des fins statistiques; notamment la loi sur la statistique et la loi sur les déclarations des corporations et des syndicats.

Dans la plupart sinon la totalité des cas, il semble que l'information actuellement protégée aux termes de ces dispositions serait probablement exemptée en vertu d'une loi sur l'accès à l'information, principalement sous les rubriques relatives aux renseignements personnels, commerciaux et financiers, scientifiques et techniques. Toutefois, pour que la loi sur l'accès à l'information se substitue à ces dispositions, la protection assurée ne serait probablement pas équivalente, car ces exemptions pourraient faire l'objet d'une dispense à laquelle feront appel les ministres lorsqu'ils le jugeront nécessaire; ce qui s'oppose à la protection absolue actuellement prévue pour ce genre d'information. En outre, le recours à une exemption est assujéti à un examen par un organisme de révision afin de déterminer s'il est justifié. Donc, si la loi sur l'accès à l'information était prépondérante, il ne serait plus possible de garantir la même protection malgré le fait que, en pratique, des exemptions seront invoquées. Une conséquence possible serait que la qualité et l'exactitude des renseignements donnés pourraient en souffrir. C'est précisément le cas pour l'information recueillie à des fins statistiques quand la personne qui fournit les renseignements n'a pas d'intérêt direct dans la qualité de l'information.

Un autre résultat possible: moins de particuliers et de sociétés seraient disposés à collaborer avec le gouvernement relativement à certaines mesures réglementaires (l'examen des investissements étrangers, par exemple). Dans un

pour une raison autre qu'il s'agit de renseignements exemptés en vertu de la loi sur l'accès à l'information, il y aurait alors conflit entre les deux lois.

d) Dispositions de lois concernant les organismes quasi judiciaires qui interdisent la publication d'information confidentielle relative au commerce ou aux affaires d'un particulier ou d'une entreprise, pour ainsi les faire connaître d'une entreprise concurrente ou rivale. Un exemple peut être tiré de la Loi antidumping, article 29(3).

Ce genre de disposition est censée protéger des renseignements commerciaux de nature délicate qui pourraient nuire à la concurrence du particulier ou de l'entreprise qui les a fournis. Une telle obligation garderait sa validité même avec une loi sur l'accès à l'information, et lorsqu'une demande d'accès serait présentée à un tel organisme, il faudrait aussi continuer de protéger cette information aux termes de l'exemption des renseignements d'ordre commercial et financier.

e) Dispositions qui interdisent ou restreignent très précisément la divulgation de renseignements obtenus pendant la mise en application d'une mesure législative. Il s'agit ici de la catégorie la plus importante et considérable de dispositions interdisant ou restreignant la divulgation de renseignements dont la plupart sont de nature personnelle, financière ou commerciale. Il s'agit d'articles:

i) En vertu desquels des renseignements sont requis dans le cadre d'un régime général de réglementation ou d'imposition: notamment, la loi sur l'examen de l'investissement étranger, la loi relative au contrôle des sociétés pétrolières et la loi de l'impôt sur le revenu;

ii) En vertu desquels des renseignements sont requis dans le but d'assurer des prestations: notamment, la loi sur les

d'énumérer des renseignements qui devraient être classifiés et, donc, exemptés de la nouvelle loi. Dans la mesure où les exemptions de la loi sur l'accès à l'information diffèrent des dispositions de telles listes, des amendements importants devront peut-être être apportés à la loi sur les droits de la personne. En deuxième lieu, même si les dispositions n'étaient pas compatibles, la loi sur l'accès à l'information aurait priorité et, si les dispositions étaient de nature plus générale que la loi, elles ne s'appliqueraient pas dans le cas d'une requête faite aux termes de la loi sur l'accès à l'information. Cette politique ne devrait pas entraîner de difficultés puisque, comme il a été mentionné plus haut, ces dispositions ne visent que les renseignements qui ne devraient pas être communiqués.

(c) Dispositions exigeant que soient publiés certains renseignements sauf si, de l'avis du Ministère concerné, il ne serait pas dans l'intérêt public de les publier. Ce genre de disposition s'applique généralement aux rapports dressés par un organisme gouvernemental, par exemple, un rapport d'enquête sur les coalitions établi par la Commission sur les pratiques restrictives du commerce et présenté au Ministère de la Consommation et des Corporations. L'article 19(5) de la loi relative aux enquêtes sur les coalitions stipule que ce genre de rapport doit être publié, à moins que la Commission ne recommande au Ministère de ne pas le faire dans l'intérêt public, et il incombe au Ministère de trancher la question. La loi sur les contaminants de l'environnement (article 6(5)) et la loi sur les produits dangereux renferment des dispositions analogues.

Ce genre de disposition est aussi compatible avec la loi sur l'accès à l'information si le gouvernement interprète le critère d'intérêt public comme coïncidant avec les exemptions de la loi sur l'accès à l'information. Si un Ministère refuse de divulguer des renseignements

## EXEMPTIONS PRÉVUES PAR LA LOI

La loi sur l'accès à l'information se doit de traiter du rapport entre ses prescriptions et certaines dispositions de lois et de règlements qui interdisent ou restreignent déjà la divulgation d'information. Ces dispositions tombent généralement dans les catégories suivantes:

a) Dispositions interdisant généralement la divulgation non autorisée de renseignements par des fonctionnaires ou des personnes à contrat avec le gouvernement.  
Par exemple, les dispositions relatives au serment dans plusieurs lois et l'article 4(1) de la loi sur les secrets officiels.

Le rapport entre la loi sur l'accès à l'information et de telles dispositions est clair: la divulgation de renseignements conformément à la loi sur l'accès à l'information constituerait la divulgation non autorisée de tels renseignements et les dispositions de ces lois ne s'appliqueraient plus.

b) Dispositions interdisant la communication de

divers types de renseignements obtenus dans l'exécution de fonctions et qui, de façon générale, seraient considérés comme des renseignements classifiés. Par exemple, l'article 27(2) de la loi sur les droits de la personne qui oblige les membres et employés de la Commission des droits de la personne à prendre toutes les précautions nécessaires pour ne pas dévoiler des renseignements relevant de catégories précisées dans la loi. La liste comprend les renseignements susceptibles de porter préjudice aux relations internationales, à la défense ou sécurité nationale et aux relations fédérales-provinciales; les communications confidentielles du Cabinet et ainsi de suite.

Ce genre de disposition serait compatible avec la loi sur l'accès à l'information. En premier lieu, cette liste n'a pour seul but que

2) qui, selon toute vraisemblance, risqueraient de mettre en danger la sécurité d'un individu.

#### Divulgateur de l'existence d'un document

Dans certaines circonstances assez rares, notamment en matière de l'application de la loi, il peut se révéler nuisible pour une agence d'admettre qu'elle a en main un document. Certaines personnes ingénieuses pourraient présenter leur requête de façon telle que le simple fait de savoir qu'il existe effectivement un certain document répondrait à leur question. C'est pourquoi il importe que la loi autorise le gouvernement à ne pas donner des renseignements sur l'existence d'un document dans les cas où la constatation de l'existence d'un document constitue une information susceptible d'être exemptée aux termes de la loi.

Il ne s'agit évidemment pas, pour régler ce problème, de refuser de répondre aux requêtes comportant un tel risque, puisque, en soi, ce refus représenterait une admission certaine. Comme il est toujours possible de formuler une requête de façon suffisamment explicite pour savoir ce que l'on cherche, du simple fait que l'on connaît l'existence d'un document, le droit de refuser d'admettre l'existence d'un document ne peut reposer sur les catégories de documents énoncées dans la loi. Il semble que le gouvernement devrait être autorisé à répondre à certaines requêtes de la façon suivante, comme si ces requêtes portaient sur une catégorie de documents: "nous possédons certains documents relatifs à des questions de même ordre que celles que vous avez demandées mais ils sont protégés aux termes de l'exemption x." Dans le cas où la demande est si précise que cette réponse divulguerait des renseignements exemptés, alors l'administration pourrait répondre "si nous avions en notre possession des documents contenant de tels renseignements, ils seraient protégés aux termes de l'exemption x". Les requérants insatisfaits pourraient toujours déposer une plainte auprès de l'organisme de révision, qui traiterait l'affaire de la même façon que le gouvernement.

au public concernant les politiques, plans et recherches du gouvernement ayant une valeur commerciale.

Le comité mixte favorisait une exemption assez limitée pour les renseignements d'ordre commercial et financier, car elle ne couvrirait que les documents dont la divulgation "risquerait vraisemblablement de nuire à l'habileté du gouvernement à obtenir l'information nécessaire dans le futur ou b) nuirait appréciablement à la position concurrentielle de l'entreprise commerciale ou financière qui a fourni les renseignements."

Quant au projet de loi de l'Association du barreau, il exclut les secrets commerciaux et autres renseignements de nature financière et commerciale dont la divulgation risque vraisemblablement d'avoir une incidence défavorable sur les intérêts économiques du Canada,

- b) de nuire aux activités concurrentielles d'un organisme ou d'une entreprise.
- c) d'entraîner un gain ou une perte chez des personnes, groupes, comités ou établissements financiers,
- d) entraîner la perte de sources d'information confidentielles qu'un organisme doit posséder dans l'intérêt public.

- h) Exemptions d'un autre ordre que le présent document n'étudie pas

Les exemptions qui sont applicables à la divulgation de renseignements:

- 1) qui, s'ils étaient connus, fourniraient certaines informations sur les méthodes ou techniques de test ou de vérification ou les plans ou détails précis relatifs à des tests ou des vérifications particuliers et qui risqueraient de nuire aux résultats des tests ou des vérifications;

Une difficulté connexe est celle de l'expression par une personne de ses vues ou croyances. Dans la mesure où celles-ci sont "personnelles", c'est-à-dire où elles ont trait à des croyances religieuses ou politiques, elles ne devraient pas être accessibles. Elles ne devraient toutefois pas bénéficier d'une telle dérogation lorsque la personne les a exprimées dans l'exercice de ses fonctions. Cependant, les opinions qu'une personne exprime, dans l'exercice de ses fonctions ou en dehors, sur le rendement ou la compétence d'une autre devraient rester secrètes puisqu'elles constituent des renseignements personnels sur cette dernière.

Il faudrait en outre inclure dans l'expression "renseignements personnels" le numéro d'assurance sociale, compte tenu des inquiétudes que suscite sa divulgation.

Enfin, les Canadiens, considèrent-on, devraient pouvoir écrire à leur gouvernement en toute confiance, à leur gré. En conséquence, la loi devrait prévoir une exemption applicable à toutes les lettres adressées au gouvernement qui, implicitement ou explicitement, sont d'ordre privé ou confidentiel et à toute réponse que le gouvernement envoie et qui est susceptible de révéler le contenu desdites lettres.

g) Information d'ordre financier, commercial, scientifique et technique

Une loi sur l'accès à l'information devrait être formulée de façon à protéger:

- 1) Les secrets commerciaux des sociétés et du gouvernement,
- ii) Les négociations commerciales du gouvernement, et
- iii) L'habileté de ce dernier à établir une

politique économique.

Elle devrait éviter que des particuliers ne retirent un avantage de la divulgation de renseignements qui ne sont pas généralement accessibles

que le droit d'accès à des renseignements personnels devrait continuer à être régi par la partie IV de la Loi canadienne sur les droits de la personne. Cette loi précise en outre les circonstances dans lesquelles les renseignements personnels que détiennent une institution gouvernementale sur un individu peuvent être communiqués à un tiers. Autrement les tiers n'ont pas accès aux renseignements personnels. Si l'accès aux renseignements personnels continue d'être régi par la partie IV et ne ressort pas d'une loi sur l'accès à l'information, il sera reconnu que la protection de la vie privée revêt plus d'importance que le droit général d'accès du public aux informations détenues par le gouvernement.

La notion de "renseignements personnels" est plutôt vague: il faudrait définir quelles catégories de renseignements seront considérées comme personnelles, et par conséquent protégées, aux fins de la loi sur l'accès à l'information. Ainsi, des informations telles le nom du titulaire d'un poste du gouvernement, son échelle de salaire, la classification de son poste, ses responsabilités etc., devraient, bien qu'elles soient personnelles, pouvoir être obtenues en vertu de la loi sur la liberté d'accès à l'information, et la définition de l'expression "renseignements personnels" devrait être rédigée en conséquence. Il faudrait en outre divulguer les noms des bénéficiaires d'avantages qui, tels les subventions et les permis, sont consentis par le gouvernement en vertu de pouvoirs discrétionnaires, ainsi que tous détails concernant ces avantages (ex. dans le cas d'une subvention, le montant de celle-ci).

L'identité d'une personne est une autre source de difficultés. Ainsi, il devrait être impossible d'obtenir un nom en vertu de la loi sur l'accès à l'information lorsque celui-ci est accompagné d'autres renseignements personnels ou lorsque la mention de ce nom dans un document dévoilerait des renseignements personnels sur l'intéressé (ex. lorsque le nom fait partie d'une liste des personnes auxquelles on envisage d'offrir un poste donné). Par contre, si le nom en question apparaît dans une note de service ou tout autre document établi par l'intéressé dans l'exercice de ses fonctions, il n'y aurait probablement pas lieu de le supprimer dudit document si ce dernier est, quant au reste, accessible.

la diffusion d'informations sur les plans des pénitenciers ou des questions de sécurité dans ces établissements.

### (iii) Activités des organismes quasi judiciaires

Il serait bon de protéger sous une seule rubrique toute l'information préparée par un organisme quasi judiciaire ou à son intention, jusqu'à la publication d'une décision ou d'un rapport à cet égard et jusqu'à l'épuisement de tout recours, pour garantir:

a) qu'aucun renseignement qui ne serait pas disponible autrement ne sera transmis à quelque partie au litige avant audition de l'affaire. Les règles de communication de pièces régissant les procédures de tels organismes devraient continuer à déterminer l'accès à l'information;

b) que la stratégie ou les tactiques d'une institution gouvernementale partie à un litige ne seront pas divulguées à l'autre partie avant audition de l'affaire;

c) qu'aucun renseignement préparé par un organisme quasi judiciaire ou à son intention pour faciliter son jugement sur l'affaire ne sera communiqué avant publication d'une décision ou d'un rapport.

### (iv) Opinions et conseils d'ordre juridique

En common law, les communications entre un avocat et son client concernant directement la préparation d'une opinion juridique, ou un litige devant le tribunal sont protégés par le secret professionnel afin d'encourager la franchise entre ces deux personnes. Afin de garantir la qualité des avis juridiques préparés à l'intention du gouvernement il sera peut être opportun de prévoir une exemption se rattachant au secret professionnel.

### (v) Renseignements personnels

Si la loi donne accès aux renseignements personnels, la vie privée des particuliers sera en danger. C'est pour cette raison qu'il est souhaitable

Une exemption fondée sur des catégories de documents paraît plus souhaitable, pourvu qu'elle soit définie de manière à inclure tous les documents dont la divulgation compromettrait les activités d'application de la loi, et que l'organisme de révision puisse prendre connaissance de ces renseignements.

Il apparaît que les alinéas c(11) et c(11i) de la loi sur les droits de la personne répondent à cette exigence, si l'information se limite aux renseignements recueillis par des organismes d'enquête dans l'exécution de leur mandat. Il faudra peut-être aussi définir ces organismes d'enquête dans une annexe à la loi ou un règlement.

L'alinéa c(1) manque de précision, et selon les considérations déjà mentionnées sous le rapport d'une exemption éventuelle pour la sécurité nationale (voir ci-haut), il serait peut-être sage de couvrir:

- les renseignements obtenus à l'étranger à titre confidentiel, au besoin;
- l'information sur le crime dans d'autres pays; et
- explicitement les questions relatives au terrorisme, à l'espionnage, au sabotage et à la subversion.

En outre, cette exemption devrait préciser que l'information relative aux plans et techniques d'enquête peut être protégée.

Si une exemption fondée sur le critère de préjudice était adoptée pour exempter les renseignements dont la divulgation compromettrait l'application de la loi, il serait souhaitable que la loi comporte une liste de renseignements dont la divulgation pourrait créer un préjudice.

#### (ii) Sécurité des établissements pénitentiaires

Il pourrait être nécessaire d'exempter l'information dont la divulgation risque de porter atteinte à la sécurité des établissements pénitentiaires. Cette exemption viserait probablement

La recommandation du comité semble être fondée sur la préoccupation qu'il y a eu des abus dans l'application de la loi et sur l'attente que ces abus seront évités grâce à une loi sur l'accès à l'information. Le comité n'a peut-être pas accordé suffisamment d'importance au fait qu'il faudrait ainsi communiquer les documents relatifs à l'application de la loi aux personnes même faisant l'objet d'une enquête. Il ne serait pas sage de procéder ainsi, à moins qu'il y ait vraiment raison de croire que certains agents chargés d'appliquer la loi se sont livrés à des activités illégales. Pour de telles situations, les renseignements portant sur les activités possiblement illégales ne devraient pas être dévoilés en vertu d'une mesure législative générale sur l'accès à l'information, mais en vertu d'une autre loi plus spécifique. Il apparaît difficile de communiquer ces renseignements à certaines personnes et de les refuser à ceux qui font l'objet d'enquêtes. L'expérience du Canada en ce qui a trait aux abus de ce genre n'a pas été telle qu'elle justifierait de restreindre sérieusement la capacité de la police d'appliquer la loi ou de permettre qu'elle soit harcelée par des demandes portant sur ses documents.

Un commissaire à l'information ne s'impose pas comme autorité compétente pour juger si les responsables de l'application de la loi ont agi légalement. Si un document était divulgué parce qu'il dévoile des activités illégales, ce serait indiquer que l'organisme de révision croit qu'un délit a été commis. En vertu d'une loi sur l'accès à l'information, ce genre de jugement ne serait probablement pas encouragé. S'il y avait un doute quant à l'illégalité possible d'un acte, les autorités compétentes devraient être habilitées à interdire la communication d'un document au requérant, mais non à un procureur général ou un policier.

Ce serait peut-être aller trop loin que d'adopter, comme le propose le comité mixte, une exemption pour les documents dont la divulgation "compromettrait sérieusement" les activités d'application de la loi: l'application de la loi est suffisamment importante pour que toute divulgation qui compromettrait ses activités puisse justifier une exemption.

iii) au cours d'enquêtes sur l'application  
des lois du Parlement.

Le comité mixte a proposé une exemption fondée sur le  
critère de préjudice:

Documents dont la divulgation compromettrait  
les activités d'application de la loi,  
uniquement dans la mesure où elle risquerait  
vraisemblablement de

a) gêner les procédures d'exécution

b) priver une personne de son droit à un  
procès équitable ou à un jugement  
impartial

c) constituer une intrusion injustifiée  
dans la vie privée

d) révéler des techniques et des procédés  
d'enquêtes

e) permettre d'identifier une source  
confidentielle de renseignements ou les  
renseignements obtenus grâce à cette  
dernière, ou

f) mettre en danger la vie ou la sécurité  
physique du personnel chargé de  
l'application de la loi.

reçue aux termes d'ententes fédérales-provinciales doit être protégée. Cette position est celle que préconisent les gouvernements provinciaux qui affirment qu'ils devraient être les seuls juges des renseignements qu'ils veulent communiquer. A cette fin, une exemption analogue à celle des renseignements relatifs aux accords internationaux pourrait être incluse dans la loi.

Il y a toutefois des renseignements fournis, obtenus ou échangés officieusement et qu'il est difficile de couvrir dans un accord semblable, comme, par exemple, la documentation établie pour les réunions fédérales-provinciales et les notes de discussions avec des délégués provinciaux. Il sera peut-être donc nécessaire de considérer les relations fédérales-provinciales sous le même rapport que les relations internationales.

Il semble également opportun de protéger l'information dont la divulgation nuirait aux négociations fédérales-provinciales en cours.

#### e) Renseignements relatifs à la loi

##### 1) Application de la loi et enquêtes

Il est généralement reconnu qu'il faille une exemption afin que la loi sur l'accès à l'information ne constitue pas un moyen d'entraver l'application de la loi ou la détection ou la suppression du crime. Il existe cependant une divergence d'opinions quant à la portée et à la nature d'une telle exemption.

L'article 54 de la Loi sur les droits de la personne prévoit une exemption pour les renseignements dont la divulgation est susceptible

c) d'entraîner la divulgation de renseignements recueillis par tout ou partie d'une institution gouvernementale constituée en organisme d'enquête

1) sur la sécurité nationale,

ii) au cours d'enquêtes sur la détection ou la prévention du crime en général,

(k) un rapport d'un comité, conseil ou autre groupe lié à un organisme, dressé dans le but de faire enquête et de formuler des conclusions ou recommandations à cet organisme;

l) une proposition définitive concernant l'élaboration d'une loi connexe;

(m) une interprétation, des instructions ou lignes directrices ou l'énoncé d'une politique ou d'un règlement important;

n) la décision ou le jugement final rendu par un agent d'un organisme, pendant ou après l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui a été confié en vertu d'une loi ou initiative dont l'application relève de l'organisme, que cette loi ou initiative prévoit ou non un droit d'appel contre une décision, un ordre ou une ordonnance ou tout motif pour ces décisions, ordres ou ordonnances, que ce motif:

i) figure dans une note de service interne de l'organisme ou une lettre adressée par l'organisme à la personne nommée; ou  
ii) ait été fourni par l'auteur de la décision, de l'ordre ou de l'ordonnance; ou ait été incorporé à une décision, un ordre ou une ordonnance à titre de référence.

#### d) Relations fédérales-provinciales

L'article 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale assure la protection de documents dont la divulgation, selon une déclaration assermentée d'un ministre, serait préjudiciable aux relations fédérales-provinciales. Le comité mixte propose de ne pas communiquer "les documents dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux relations fédérales-provinciales". Par contre d'autres ont jugé une telle exemption comme étant non nécessaire. Le libellé de la Loi sur la Cour fédérale n'est sans doute pas assez précis. Par contre il apparaît nécessaire que l'information confidentielle

types de documents qui devraient être connus du public. L'Association du barreau canadien propose que les documents suivants soient communiqués:

a) un document contenant principalement des renseignements factuels;

b) une enquête statistique;

c) un rapport d'évaluation, qu'il soit ou non dressé par un agent ministériel;

d) un document ou une déclaration portant sur des effets écologiques, dont l'auteur est un organisme chargé de contrôler la qualité de l'environnement;

e) un rapport d'essai fait sur un produit aux fins d'essais gouvernementaux sur l'équipement ou de tests pour le consommateur;

f) un rapport ou une étude sur le rendement ou l'efficacité d'un organisme, que ce rapport ou cette étude soit de nature générale ou traite d'un programme ou d'une politique en particulier;

g) une étude de faisabilité ou autre étude à caractère technique, y compris les estimations relatives aux programmes ou politiques du gouvernement;

h) un rapport contenant les résultats de travaux de recherche généraux entrepris préalablement à l'élaboration d'un projet de politique;

i) une proposition ou un plan définitif sur le remaniement des fonctions d'un organisme ou l'établissement d'un nouveau programme, y compris les prévisions budgétaires du programme, qu'il soit nécessaire d'approuver le plan ou la proposition ou non;

j) un rapport d'un comité, groupe de travail ou autre organe interministériel de ce genre, ou un rapport d'un comité ou groupe de travail au sein d'un organisme, établis dans le but de traiter d'un sujet particulier;

encouragés à faire pression auprès des ministres par un groupe d'intérêt, ce qui en pratique réduisait leur utilité pour le gouvernement. La communication de documents préparés par des experts-conseils serait toutefois moins problématique que celle des documents établis par des fonctionnaires.

Les mêmes considérations pratiques s'appliquent aux évaluations et analyses de programmes. Il semble y avoir un besoin, par contre, d'établir un équilibre entre les exigences pratiques de l'administration publique et le besoin pour le public d'avoir accès aux faits pour se former une opinion sur les programmes adoptés ou les décisions prises. Compte tenu de ce fait, le gouvernement a notamment établi une distinction, dans le système des documents du Cabinet, entre les mémoires au Cabinet, qui contiennent des considérations et recommandations d'ordre politique, et les documents de travail, qui contiennent une analyse de diverses options. Les analyses sont subjectives et ne font généralement pas partie de la prise de décisions définitive.

Il serait impossible d'appliquer cette distinction à l'ensemble du processus de prise de décisions, bien qu'il soit possible de l'appliquer aux analyses et évaluations effectuées après l'adoption des programmes et politiques du gouvernement. En ce qui a trait à l'exemption même, il semblerait difficile de la fonder sur un critère général de dommages éventuels, car il serait d'autant plus difficile de soutenir que la divulgation d'une seule opinion ou recommandation nuirait sérieusement à la franchise et à l'intégrité inhérentes à un processus décisionnel efficace. Récemment les tribunaux n'ont pas été enclins à accepter de tels arguments. Aussi, les arrêts des tribunaux laissent entendre que si ce genre de documents n'étaient pas protégés, il s'ensuivrait un préjudice.

Une meilleure solution serait par conséquent de prévoir une liste des renseignements à protéger (qui pourrait s'ajouter à une exemption fondée sur le critère de dommages éventuels) et de considérer la possibilité d'assurer que ne sont pas exemptés certains

2) la documentation à caractère subjectif préparée par des experts-conseils indépendants devrait-elle être protégée?

3) la documentation à caractère subjectif analysant des politiques, programmes et décisions devrait-elle être protégée?

En outre certains prétendent que tout document préparé en fonction de la prise d'une décision devrait être divulgué peu après le moment où elle a été prise.

Il incombe donc de déterminer si l'absence de protection en matière d'opinions et d'avis nuirait indûment à l'action gouvernementale. Il y a certaines inquiétudes quant à l'anonymat et à la neutralité des fonctionnaires si leurs opinions et avis sont dévoilés en public, car leurs avis ne manqueraient pas alors d'être comparés aux décisions et opinions des ministres. Un deuxième danger que comporte la divulgation des avis et opinions des fonctionnaires tient au fait que ceux-ci pourraient faire preuve d'une prudence indue dans les idées qu'ils couchent sur papier, à la fois pour éviter un embarras politique à leur ministre et pour se protéger eux-mêmes. Par ailleurs, on peut aussi dire qu'ils seraient nécessairement tentés d'améliorer la qualité de leurs avis, si leurs idées étaient soumises à la tribune publique.

Limiter la portée de l'exemption aux documents propres à la prise de décisions et la formulation de la politique s'avérerait trop restrictif. Face à la responsabilité ministérielle, la protection des avis destinés aux ministres dans le contexte parlementaire semble critique. En ce qui concerne la protection des intérêts du gouvernement du Canada en regard d'autres parties, la protection des avis donnés durant le processus de négociation est cruciale.

Il en va différemment du travail des experts-conseils à l'extérieur de l'administration. Il n'y a ici aucune menace à responsabilité ministérielle, mais la qualité de leurs conseils pourraient être affectée si ces conseils devaient être rendus publics. Il se pourrait par exemple que des conseillers soient

opinions des Ministres au sujet des questions qui relèvent de leur responsabilité collective et d'en empêcher la communication aux opposants politiques qui peuvent leur succéder.

En ce qui concerne le gouvernement au pouvoir, la divulgation des documents du Cabinet peut être sujette à l'autorisation préalable de tous les ministres, puisque sans elle, il pourrait y avoir un accord au principe de la responsabilité collective. En ce qui concerne les documents d'un gouvernement antérieur, leur communication sans l'accord du dépositaire désigné à cette fin (habituellement un des secrétaires du Cabinet) irait à l'encontre de la convention constitutionnelle. C'est pour ces raisons, que la disposition permettant de passer outre à cette exemption doit être d'application souple afin de respecter et le principe de la solidarité ministérielle et la convention constitutionnelle.

#### c) Opinions et avis

Il est largement reconnu qu'il faut une exemption pour assurer l'intégrité et la franchise avec laquelle divers opinions et avis sont échangés au sein du gouvernement. Les Etats-Unis ont notamment prévu une exemption pour les:

notes de services ou lettres intra et interdépartementales qui ne pourraient pas normalement être obtenues légalement par une partie privée ayant un litige avec un département.

Le comité mixte soutenait que l'exemption devait se limiter aux opinions, avis ou recommandations préparés par un fonctionnaire dans le cadre du processus de prise de décisions ou d'élaboration de la politique.

Cette exemption soulève trois grandes questions:

1) La documentation à caractère subjectif non utilisée dans la prise de décisions ou la formulation de la politique devrait-elle être protégée?

décrivant des discussions ou des consultations entre ministres sur une affaire touchant leur responsabilité collective.

4. Documents renfermant des citations provenant de l'un ou l'autre des documents susmentionnés.

Il y a peu de risques qu'une telle exemption n'empêche la communication de renseignements purement factuels, car selon le système en vigueur, ces données figurent dans les documents de travail qui, en principe, sont destinés à être communiqués au public.

La troisième option consiste à définir cette catégorie de documents de façon plus générale, comme suit:

dévoierait les délibérations ministérielles ou tout autre processus de consultations entre ministres, en rapport avec l'exercice de leur responsabilité collective.

Ce libellé pourrait aussi être lié à l'exemption portant sur les opinions et avis de l'administration. La consolidation des deux dernières options est assez simple à réaliser.

Puisque le but des exemptions est de protéger les communications politiques, il semble qu'un délai de dix ans est clairement trop court dans le contexte canadien où la carrière des hommes politiques est souvent plus longue. Le délai actuel de trente ans est peut-être trop long pour les communications strictement politiques et les ministres voudront peut-être stipuler une période de vingt ans dans le projet de loi.

La possibilité d'accorder une dispense pour cette exemption pose des problèmes liés, d'une part, à la confidentialité des délibérations des membres du Gouvernement et, d'autre part, à la convention constitutionnelle selon laquelle les membres d'un nouveau gouvernement n'ont pas un droit d'accès aux documents du Cabinet du gouvernement précédent. Le but de la convention est de protéger les vues et

Reine pour le Canada". Cette protection est reconnue comme justifiée par le Bureau canadien et le comité mixte permanent, mais ils proposent que l'exemption s'applique aux seuls documents qui ont moins de 10 ans d'existence.

Il y a trois options possibles pour cette rubrique. D'abord, exempter les "communications confidentielles du Conseil privé de la Reine pour le Canada" et en confier l'interprétation à l'organisme de révision. Elle est problématique en ce sens que les mots "communications confidentielles du Conseil privé" sont pour la plupart obscurs. Des termes de nature plus générale, tels que "rattaché aux travaux du Cabinet" n'offrent pas non plus la protection nécessaire.

La deuxième option consiste à adopter la recommandation de l'Association du barreau canadien et à exempter très précisément les diverses catégories de documents du Cabinet. La liste se lirait comme suit:

### 1. Documents du Cabinet proprement dits

- a) Ordres du jour des réunions du Cabinet, mémoires au Cabinet, procès-verbaux et décisions;
- b) Rapports, procès-verbaux et ordres du jour des réunions des comités du Cabinet;
- c) Présentations, procès-verbaux et certaines décisions du Conseil du Trésor.

### 2. Documents connexes

Notes documentaires aux fins de discussions ou de consultations ministérielles sur une affaire touchant la responsabilité collective des ministres.

### 3. Autres documents

Lettres, notes de service, notes, dossiers et autres documents échangés par des ministres ou hauts fonctionnaires,

L'avantage de cette option est que les règlements seraient assez détaillés, tout en assurant une certaine souplesse face aux changements. Certains critères pourraient être établis dans la Loi pour ce qui a trait aux règlements.

Renseignements reçus à titre confidentiel aux termes d'accords ou d'arrangements internationaux

Les ministères des Affaires extérieures et d'autres organismes ont souligné l'importance pour le gouvernement d'être en mesure de protéger les renseignements reçus à titre confidentiel aux termes d'accords ou d'arrangements internationaux. La nécessité de protéger ces renseignements s'impose dans l'esprit de la majorité.

Il y a deux raisons pour lesquelles il

pourrait être insuffisant de protéger ces renseignements sous une exemption générale fondée sur les dommages éventuels aux relations internationales. D'abord, parce que indépendamment de leur contenu, la communication même de ces documents étant contraire aux accords ou arrangements conclus, causerait un préjudice. De plus, le gouvernement ne devrait pas être autorisé à passer outre à ces accords ou arrangements. Le régime d'exemption fondée sur une catégorie de documents ou de renseignements serait donc probablement plus opportun. L'organisme de contrôle serait toujours en mesure de déterminer si certains documents tombent dans la catégorie ainsi exemptée.

b) Communications confidentielles du Cabinet

Il est généralement convenu que les

procès-verbaux de consultations entre Ministres ou de leurs délibérations communes doivent demeurer confidentiels afin de protéger le processus décisionnel des Ministres et du Cabinet. Les tribunaux ont reconnu que cette confidentialité relevait d'un intérêt public de première importance, l'emportant même sur l'intérêt public rattaché à la bonne administration de la justice. L'article 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale accorde une protection absolue à ce genre de documents, pour autant cependant qu'ils renferment les "communications confidentielles du Conseil privé de la

- renseignements obtenus à titre confidentiel en matière de terrorisme, d'espionnage, de subversion et de sabotage;

Les deux derniers éléments pourraient fort bien être insérés dans l'exemption se rapportant à l'application de la loi, mais ce n'est pas le cas pour le premier. Une catégorie pourrait être créée pour ce genre d'information afin de protéger les opérations des services de renseignements du gouvernement à l'étranger (qui n'influent qu'en partie sur la défense nationale) ou elle pourrait faire partie de la catégorie des relations internationales.

### iii) Pouvoirs discrétionnaires du gouverneur en conseil

Une troisième possibilité serait de regrouper plusieurs options en incluant les questions liées à la "sécurité nationale" qui sont aussi liées à l'application de la loi"; d'établir une exemption distincte pour les autres questions portant sur la sécurité nationale en les définissant le plus étroitement possible et, enfin, d'habiller le gouverneur en conseil à ajouter des exemptions connexes par un ordre en conseil soumis à l'approbation du Parlement.

### 3) Options combinées

Compte tenu du chevauchement entre les concepts de relations internationales, de défense nationale et de sécurité nationale, il pourrait être possible de les inclure sous une seule rubrique. Il faudrait donc:

1) énumérer les catégories de documents exemptés et habiller le gouverneur en conseil à ajouter à la liste, sous réserve de l'approbation du Parlement; ou

ii) selon le modèle américain, permettre au gouverneur en conseil de définir, par règlement sujet à l'approbation du Parlement, les exemptions correspondantes à chacun des trois chefs.

Il est évident qu'il serait difficile de convaincre un tiers que l'information visée en 3 a) - ci-dessus est préjudiciable à la sécurité nationale. Certains éléments semblent beaucoup plus liés à la sécurité de personnes ou de biens en particulier qu'à la sécurité de la nation elle-même, qui constitue un concept plutôt vague. Les avantages normalement tirés de l'inclusion de tels éléments à la "sécurité nationale" sont fonction des relations interpersonnelles, des méthodes utilisées, de la matière des renseignements utilisés par les services de sécurité qui opèrent dans des domaines variés, au lieu du concept de danger à la sécurité nationale. Une exemption générale en matière de "sécurité nationale" semble donc assurer une protection inadéquate et manquer de clarté. Il y aurait trois options pour protéger les éléments de la liste no 3 :

1) Enumérez les catégories de documents

La première possibilité serait que la Loi stipule une liste détaillée des éléments sous les chefs énumérés de (a) à (1) qui ne sont pas autrement exemptés. Cette approche pose de nombreux problèmes. Premièrement, elle semblerait considérablement augmenter les exemptions. Deuxièmement, elle passe outre aux éléments unificateurs figurant dans la liste (voir ci-dessus), y compris la plupart de ceux qui ne sont pas inclus dans d'autres exemptions. Enfin le fait d'établir une liste détaillée poserait le risque très vraisemblable d'être incomplète.

ii) Inclusion dans d'autres exemptions

La deuxième possibilité serait d'essayer de réunir les éléments unificateurs et de les consigner sous une nouvelle exemption. Trois éléments critiques sembleraient mériter d'être inclus :

- renseignements sur des pays et ressortissants étrangers;

- renseignements associés à la protection de personnes dont la vie est en danger ainsi qu'aux communications et biens gouvernementaux;

Pour éviter les difficultés occasionnées par les autres méthodes, un examen combiné des dommages éventuels et des catégories pourrait être une solution. Ainsi, certaines catégories non exhaustives de documents seraient exemptées.

Il est important de se rappeler que les exemptions fondées sur des dommages éventuels ne peuvent avoir leur validité limitée par la loi à un certain nombre d'années, car on supposerait ainsi que la possibilité de dommage disparaît après un certain temps. Par conséquent, pour ces exemptions, il ne faudrait pas exiger que les documents existant depuis un certain nombre d'années soient divulgués. Il ne semblerait pas sage de communiquer un document dont la divulgation est préjudiciable à la défense nationale pour la simple raison qu'il a plus de dix ans.

## 2) Sécurité nationale

La troisième catégorie, la sécurité nationale, pose plus de difficultés. Il semble évident que la liste n° 3 comporte des questions traditionnelles liées à la sécurité nationale. Il y a quelques doutes cependant à savoir si certains de ces éléments ne pourraient pas être protégés par d'autres exemptions. D'autant plus qu'il n'est pas clair si des termes aussi généraux que "préjudiciable à la sécurité nationale" leur assureraient la protection voulue.

Certains éléments de la sécurité nationale visés en 3 a) et c) de la liste no 3, ne seraient compris dans le libellé habituel d'une exemption concernant l'"application de la loi", qui se limite normalement à l'application de la loi à l'intérieur du Canada.

Les renseignements visés en b) ci dessus seront probablement l'objet d'une exemption à la Loi sur l'accès à l'information, sous la rubrique des renseignements personnels. Les points d) à h) renferment les éléments visés par l'exemption en matière de défense nationale, mais nécessitent une protection accrue. L'exemption se rapportant aux relations internationales, recouvrirait normalement les points i) et j).

Il est malheureusement difficile de définir avec plus précision le dommage ou préjudice pour ces deux chefs d'exemption. De façon générale, toute tentative d'éviter une formulation générale échoue. Il est à noter, par exemple, que dommages éventuels cités dans la liste n° 1 ci-dessus ont un libellé très général et par conséquent risquent de ne pas être très utiles en soi.

Il est aussi difficile d'incorporer à la loi une liste exhaustive de catégories de documents devant être exemptés. La liste n° 2, par exemple, propose des catégories de documents pour une exemption touchant la "défense nationale". Pour ce qui est des relations internationales, les catégories suivantes ont été proposées:

- renseignements concernant la sécurité des Canadiens ou encore celle d'employés ou de biens du gouvernement du Canada à l'étranger;
- renseignements touchant les systèmes de communications du gouvernement du Canada;
- sources de renseignements et méthodes en vue de rassembler, traiter, diffuser ou évaluer les renseignements obtenus pour servir à l'élaboration de la politique du gouvernement du Canada ou à la conduite des relations internationales.

Ces listes ne visent manifestement pas tous les documents dont la divulgation serait préjudiciable aux relations internationales ou à la défense nationale.

- e) Plans sur la protection, dans les cas d'urgence d'importants établissements de défense;
  - f) Rapports sur les inspections de sécurité d'établissements de défense;
  - g) Renseignements relatifs aux systèmes de sécurité en matière de communications;
  - h) Techniques, plans et méthodes d'interception de signaux, et les résultats de cette interception;
  - i) Renseignements obtenus à titre confidentiel aux termes d'accords ou d'arrangements internationaux;
- De toute évidence, ces rubriques empiètent l'une sur l'autre; ce qui est plus grave, c'est que les questions déclarées comme méritant une protection, ne semblent pas toutes s'inscrire précisément dans leur catégorie respective.

### Solutions possibles

#### 1) Relations internationales et défense nationale

En ce qui a trait à ces deux catégories, les listes précédentes aident à démontrer que ni une exemption fondée sur les "dommages éventuels", ni l'exemption fondée sur des catégories de documents ne suffit par elle-même.

En adoptant le critère général de dommages pour une exemption portant sur les relations internationales ou la sécurité nationale, il serait possible d'utiliser un libelle semblable à celui de la loi sur la Cour fédérale, du projet de loi modèle de l'Association du barreau canadien ("cause préjudice") ou même celui qui a été proposé par le comité mixte ("nuire à") pourait être employé. Le cas échéant, ce libelle devra être très précis en ce qui concerne la défense des alliés du Canada. On pourrait s'attendre à ce que l'exemption fondée sur les dommages éventuels aux relations internationales et à la défense nationale soit bien comprise. Subsistent tout de même les risques associés à un critère aussi général.

1) renseignements traitant de questions délicates en ce qui a trait à la souveraineté du Canada dans l'Arctique.

## 2. Défense nationale

a) les évaluations de défense tactique ou stratégique, les opérations ou exercices militaires ainsi que les caractéristiques d'équipements et le déploiement des forces armées, sauf si la divulgation autorisée de cette information peut contribuer à empêcher ou décourager des mesures belliqueuses;

b) renseignements internes ou externes, et plans, opérations et exercices de sécurité, y compris les caractéristiques d'équipement et de techniques, ainsi que l'ampleur, le mouvement et le déploiement des effectifs sauf si la divulgation autorisée de cette information est propre à contribuer à l'empêchement de mesures belliqueuses, d'origine interne ou externe, visant à subvertir une institution ou des procédures démocratiques, par la force ou la violence;

c) les plans ou négociations diplomatiques dont l'objet principal est d'assurer la protection et la sécurité de l'Etat.

## 3. Sécurité nationale

a) évaluations de menaces, pour la protection de dignitaires canadiens et les membres de leur famille;

b) renseignements des services de sécurité sur les cotes de sécurité et sur les demandes en matière d'immigration et de citoyenneté;

c) information et renseignements obtenus à titre confidentiel au sujet du terrorisme, de l'espionnage, de la subversion et du sabotage;

d) Détails sur les fonctions du personnel des services de renseignements;

- accréditées, ou concernant une personnalité importante dans le domaine politique ou autre, dans le pays ou de l'organisme international en question;
- d) renseignements susceptibles de tromper la confiance que témoigne un gouvernement étranger ou un organisme international envers le gouvernement canadien;
- e) renseignements portant préjudice à d'autres nationalités ou à des citoyens étrangers;
- f) renseignements susceptibles d'avoir un effet néfaste sur la conduite de la politique extérieure d'un pays étranger en regard d'une troisième puissance;
- g) renseignements qu'il est interdit de révéler en vertu d'un accord ou d'un arrangement intervenu entre le gouvernement du Canada et tout autre gouvernement ou organisme international; renseignements fournis au gouvernement du Canada par un autre gouvernement ou un organisme international à titre confidentiel par le gouvernement canadien; et renseignements fournis au gouvernement du Canada par une autre organisation ou organisme international qui veut retenir ces renseignements pour une période donnée ou jusqu'à ce que d'autres conditions stipulées aient été satisfaites;
- h) renseignements susceptibles d'entraîner la rupture des relations du Canada avec un autre pays, ou de nuire à la sécurité nationale ou aux alliances ratifiées par le Canada. Cette information pourrait: révéler des renseignements obtenus à titre confidentiel, des plans de défense ou le matériel technique de défense concernant un autre Etat ou obtenus d'un autre Etat; dévoiler certains plans et négociations diplomatiques, dont l'objet principal sont la protection et la sécurité du Canada; et révéler des plans et programmes (en cours ou non) se rattachant à la situation actuelle de la sécurité nationale, qui pourraient affecter la conduite de la politique étrangère actuelle ou future du Canada;

"(1)(A) qui sont spécialement autorisés en fonction de critères établis par un décret-loi, à être maintenues secrètes dans l'intérêt de la défense nationale ou la politique extérieure et (B) dûment déclarés conformes aux dispositions dudit décret-loi."

La loi américaine traite expressément et uniquement des deux premières catégories que nous avons adoptées, soit les "relations internationales" et la "défense nationale". Il n'y a aucune mention de "sécurité nationale". Toutefois, le décret-loi rattache tout le système de classification à la "sécurité nationale" définie comme s'appliquant uniquement à la défense nationale et à la politique étrangère. La définition de ces concepts dans le décret est elle-même assez large et accorde un pouvoir résiduel au Président de classifier tout autre document (non compris dans la définition) aux fins de sécurité nationale. Il est aussi intéressant de noter que la loi américaine stipule expressément l'établissement d'un système de classification.

Les renseignements concernant les relations internationales, la défense ou la sécurité nationale et qui pourrait faire l'objet d'une exemption dans la loi canadienne sont les suivants:

# 1. Relations internationales

a) renseignements susceptibles de nuire à la conduite actuelle ou future des relations extérieures du Canada ou d'entraver les négociations diplomatiques actuelles ou futures avec un autre pays ou un organisme international;

b) renseignements susceptibles d'entraver les opérations du personnel et des missions diplomatiques canadiennes à l'étranger, ou de mettre en danger leur vie ou leur sécurité personnelle;

c) renseignements dévoilant des évaluations confidentielles préparées par les missions diplomatiques canadiennes à l'étranger au sujet de la situation d'un pays ou d'un organisme international auprès desquels elles sont

délais pour une exemption fondée sur le critère de préjudice ou de dommage inhérent à la divulgation, car l'évaluation de chaque cas de dommage éventuel permet de divulguer les documents dès qu'ils sont jugés non préjudiciables. Le passage du temps n'élimine pas nécessairement la possibilité que la communication d'un document ne souleve un préjudice.

## Catégories d'exemptions

- a) Relations internationales, défense nationale et sécurité nationale

Le besoin d'exemptions au titre des relations internationales et de la défense nationale est largement sinon unanimement accepté. L'Association du barreau canadien exigerait que soit divulgué tout document de ce genre s'il existe depuis plus de dix ans, à moins que ce document n'ait été fourni à titre confidentiel par un gouvernement étranger ou un organisme international, qu'il ne renferme des renseignements extrêmement délicats ou qu'il ne risque de mettre en danger la vie ou la sécurité d'une personne. Le comité mixte a recommandé que l'exemption relative à la défense nationale soit établie d'une façon aussi précise que possible.

L'exemption au chapitre de la sécurité nationale est davantage sujet à controverse. L'article 41(2) de la Loi sur la Cour fédérale assure actuellement la protection, par déclaration assermentée d'un ministre, de documents susceptibles d'être préjudiciables aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationale. L'Association du barreau canadien et le comité mixte croyaient cependant qu'une exemption au titre de la "sécurité nationale" serait redondante puisque sa protection était déjà visée par les dispositions relatives à la "défense nationale" et à l'"application de la loi".

La loi américaine sur l'accès à l'information prévoit une exemption pour l'information classifiée dans l'intérêt de a) la défense nationale et b) la politique extérieure. La responsabilité d'établir les critères et la classification appartient au pouvoir exécutif. La loi exclue les documents:

La solution au problème, dans certains cas, serait de combiner les deux approches en ayant une exemption fondée sur le dommage éventuel, liée à une liste des catégories de documents dont la communication serait vraisemblablement préjudiciable. Pour éviter d'accorder trop d'importance à l'aspect protection dans l'exemption par catégorie, il serait possible de créer des exceptions aux exemptions en prévoyant la divulgation de certains types de documents d'une catégorie générale. C'était la méthode utilisée dans le projet de loi modèle de l'Association du barreau canadien.

Ainsi, si une liste de catégories de documents était subordonnée à l'éventualité d'un préjudice causé par leur divulgation certains problèmes seraient éliminés. L'exemption regroupant les dommages éventuels et les catégories:

- a) permet au Parlement de définir certains types de renseignements devant être exemptés et de préciser quels renseignements peuvent être communiqués;
- b) fait en sorte qu'un document particulier contenu dans un groupe de dossiers peut être exempté s'il y a possibilité de préjudice résultant de la divulgation de l'un ou l'autre des documents du groupe et non nécessairement du document en question; et
- c) élimine toute nécessité d'examiner phrase par phrase certaines catégories de documents en décidant si des dommages éventuels résulteraient de la divulgation du document demandé.

## Délais

L'Association du barreau canadien et le comité mixte ont proposé des délais pour certaines exemptions prévues dans la loi. Il convient de fixer des délais dans les cas où une catégorie de documents ne doit être protégée que pendant un certain nombre d'années. Toutefois, il est difficile d'établir des

en dernier recours au responsable de l'examen des plaintes d'en déterminer la nature. Par expérience, on peut dire que les exemptions fondées sur le critère de dommages éventuels sont forcément vagues. Pourvu qu'un organisme indépendant puisse revoir les décisions, cette caractéristique n'entraînerait pas un abus par le gouvernement de ses pouvoirs discrétionnaires ou ne le mènerait à se livrer à une interprétation intéressée, mais cette imprécision cause des difficultés résultant du fait que la protection assurée est subjective et inconstante. En outre, les autorités chargées de l'examen des plaintes se voient dans une position où leurs décisions sont susceptibles d'avoir des conséquences graves sur la capacité du gouvernement de mener les affaires de l'Etat; par exemple, elles pourraient, par leurs décisions, indirectement influencer sur la politique extérieure du Canada. Le gouvernement, même s'il lui était impossible d'influer sur le pouvoir décisionnel des autorités de contrôle, serait tenu responsable des ramifications de leurs décisions. Il serait donc souhaitable qu'il soit indiqué précisément aux autorités de contrôle ce que le Parlement veut exempter. En passant, il est intéressant de noter que les tribunaux même ont généralement tenté d'éviter de rendre des jugements subjectifs lorsqu'ils ont traité de revendications de privilège par la Couronne dans le passé.

La deuxième méthode consiste à établir selon des critères objectifs, les catégories de documents exclus. Elle faciliterait la tâche des tribunaux. Par l'établissement de ces catégories, le Parlement signifierait de plein droit que la divulgation de certains documents précis serait préjudiciable. A titre d'exemple, notons la protection accordée par la Loi sur la Cour fédérale aux "communications confidentielles du Conseil privé de la Reine". L'exemption fondée sur une catégorie de documents présente toutefois une faiblesse: si les catégories sont définies strictement pour s'assurer que seuls les documents préjudiciables sont visés, il y a danger que certains documents soient omis et divulgués à tort. D'autre part, si la catégorie est trop vaste elle protégera de la divulgation des documents qui devraient être communiqués.

centrer une bonne partie de la discussion sur les documents qui doivent faire l'objet de pareilles exemptions.

#### Admissibilité

Le principe qui sous-tend la loi sur l'accès à l'information est que les électeurs et les contribuables devraient avoir accès à autant d'information que le permet l'intérêt public, parce que 1) ceux-ci en ont besoin pour exercer leurs droits démocratiques et 2) en tant que contribuables, ils ont contribué aux frais de sa préparation. Ces motifs ne s'appliquent pas aux citoyens et aux habitants des autres pays qui ne semblent pas être en droit de tirer parti de ce qui sera probablement un régime largement subventionné.

#### EXEMPTIONS

#### Généralités

La Loi sur l'accès à l'information a pour objet d'accorder au public l'accès au plus grand nombre possible de renseignements que possède le gouvernement. Ce qui signifie qu'il devra y avoir le moins d'exceptions possible à la règle générale, que ces exceptions devront être bien définies et ne protéger que les documents dont la divulgation pourrait causer un préjudice manifeste. Par ailleurs, il importe que ces exemptions soient formulées de manière à assurer la protection nécessaire. En outre, si certaines exceptions bien précises empiétaient une sur l'autre, il n'en résulterait aucune difficulté, dans la mesure où leur champ d'application ne s'étend pas au delà du domaine qui doit clairement être protégé.

Il y a deux critères fondamentaux qui permettent de déterminer les documents susceptibles d'être exemptés. Le premier est celui des préjudices (ou dommages) éventuels causés par la divulgation du document demandé, tel que le "préjudice aux relations internationales du Canada". L'avantage de ce critère est de faire voir directement le motif des exemptions; il est inutile de décrire précisément dans la loi comment ce préjudice serait causé, car il incomberait

quels documents pourraient être communiqués et, en conséquence, le droit d'accès du public serait probablement assez limité.

Voici donc quelles devraient être les modalités d'application de la loi sur l'accès à l'information:

- 1) Le gouvernement mettrait à la disposition du public un index décrivant le genre de documents qu'il détient et qui tombent sous le coup de la loi;
- 2) une personne ou une société pourrait écrire à une institution gouvernementale afin de demander des documents qu'elle décrit dans les termes les plus clairs possible;
- 3) un paiement initial serait exigible;
- 4) les fonctionnaires du ministère concerné examineraient les documents demandés et détermineraient s'ils peuvent faire l'objet d'une exemption aux termes de la loi. Leur décision doit être communiquée à l'intéressé dans un délai bref. Dans la plupart des cas, le ministre aurait le pouvoir de passer outre aux exemptions s'il en allait de l'intérêt public de communiquer les documents;

- 5) l'intéressé pourrait demander qu'un organisme indépendant revoise la décision des fonctionnaires ou du ministre, cette fois encore dans un délai bref.

- 6) si ce mécanisme de révision initial s'avérait insatisfaisant, l'intéressé pourrait en appeler de la décision ministérielle auprès du tribunal.

Comme les modalités d'application prévoient que tous les documents peuvent en principe être communiqués, sauf ceux qui sont tirés d'une exemption, il est nécessaire, quoiqu'un peu anormal, de

plaintes. Le Comité mixte des règlements et autres textes réglementaires a, l'année suivante, étudié les propositions que renfermait le livre vert et entendu quelque 25 groupes. Dans son rapport de juin 1978, le comité préconisait des exclusions en matière de défense nationale, de relations internationales et fédérales-provinciales, de documents du Cabinet, de conseils de politique, d'application de la loi, de vie privée, de consultations juridiques, de renseignements d'ordre financier ou commercial et, enfin, d'interdictions légales. Pour l'examen des plaintes, il proposait un processus de contrôle faisant appel d'abord à un Commissaire à l'information chargé de trancher toute question litigieuse, et ensuite à la Cour fédérale pour rendre une décision. En mars 1979, le Secrétaire d'Etat du gouvernement précédemment annonçait dans un discours un projet de loi sur l'accès à l'information qui aurait comporté des exemptions se rapprochant de celles qui avaient été définies par le comité mixte et une autre exemption dans le domaine de la sécurité nationale. Il croyait personnellement que l'examen des plaintes devait relever d'un commissaire à l'information habilité à prendre des décisions et qui n'aurait pu intervenir que relativement à certaines catégories d'exemptions, alors que les autres catégories auraient été protégées par affidavit ministériel. Les propositions de l'Association du barreau canadien, publiées vers la même date, étaient généralement similaires à celles du comité mixte.

#### Modalités d'application de la loi

Il est généralement proposé que la loi sur l'accès à l'information permette la consultation de tous les documents administratifs, sauf ceux qui sont frappés d'exemptions, lesquelles sont définies avec précision de manière à soustraire à cette consultation uniquement les documents dont la divulgation serait contraire à l'intérêt public. Deux raisons militent en faveur de cette optique. La première est qu'en principe, tous les documents devraient être communicables, sauf si l'intérêt public prescrit de ne pas divulguer un document donné. En cas de doute, l'accès devrait être accordé. En second lieu, il serait extrêmement difficile, sinon impossible, d'énumérer dans la loi de manière certaine et précise

## Projet de Loi sur l'accès à l'information

### OBJET

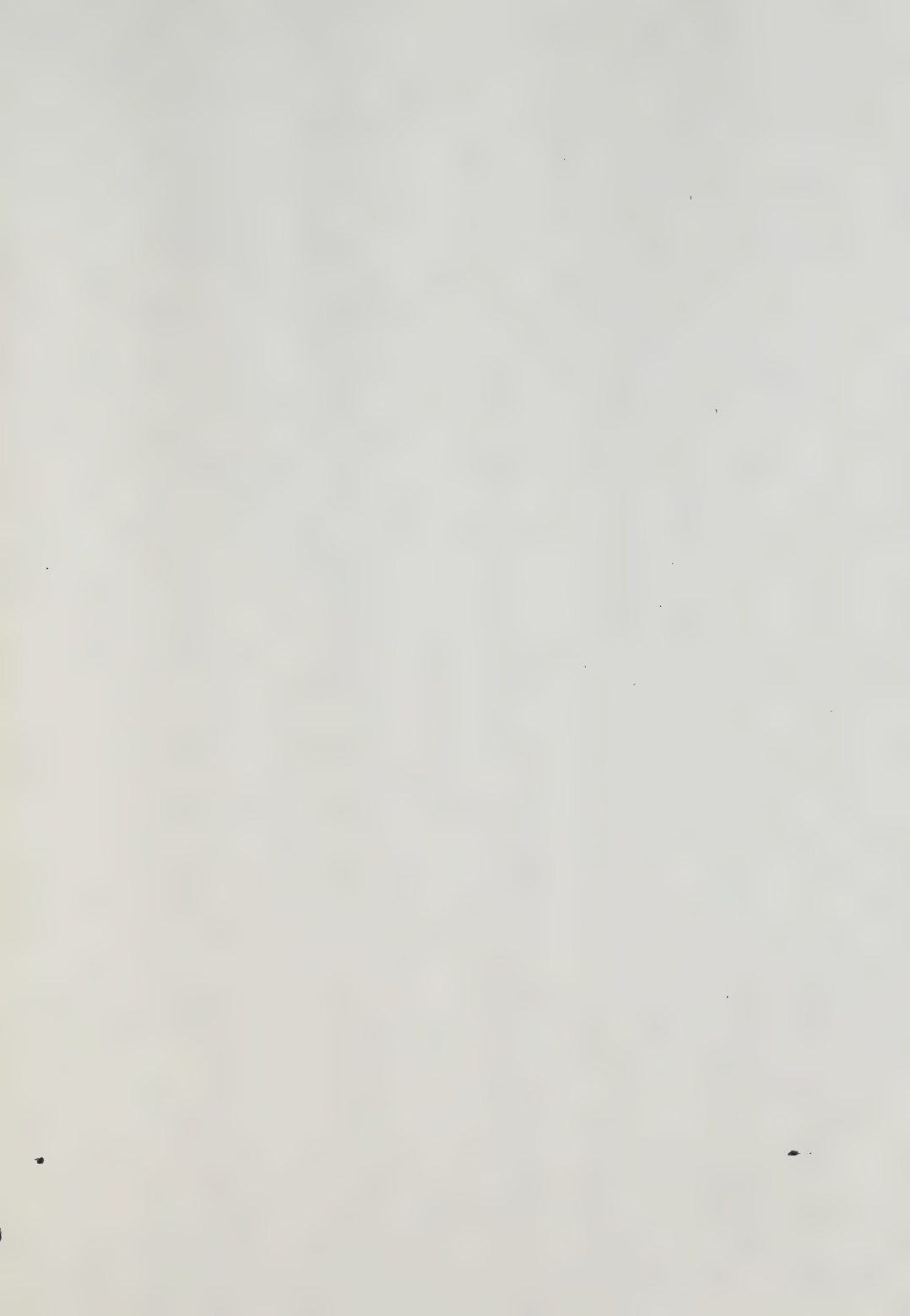
Le présent document vise à décrire les considérations relatives à l'établissement d'une loi ayant pour objet d'accorder le droit d'accès aux renseignements détenus par le gouvernement canadien, sous réserve d'exceptions précises.

Bien qu'en principe assez simple, l'accès à l'information est une question complexe qui, pour devenir loi, nécessitera que des décisions soient prises sur toute une gamme de questions. Chacune de ces décisions aura des répercussions importantes sur le pouvoir exécutif et sur l'application d'une certaine de lois fédérales. Le présent document porte sur trois sujets:

- a) Les renseignements que possède le gouvernement, qui ne doivent pas être révélés, et donc frappés d'une exemption;
- b) Le rapport qui existe entre le nouveau projet de loi sur l'accès à l'information et les mesures législatives actuelles; et
- c) Le processus de contrôle qui sera mis sur pied pour faire enquête sur les plaintes relatives à l'accès non autorisé.

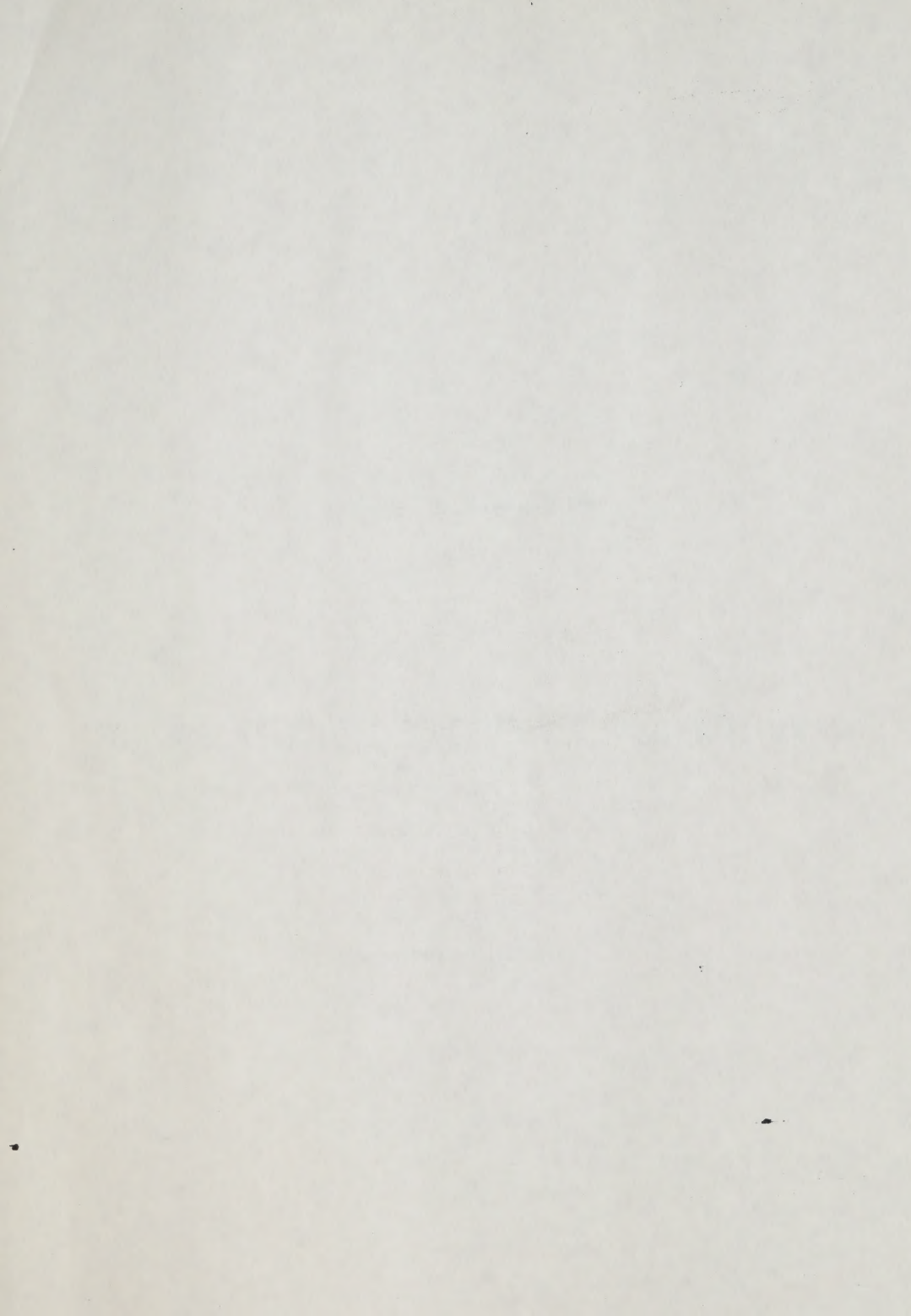
### HISTORIQUE

Le besoin d'adopter une loi sur l'accès à l'information a pris de l'élan au milieu des années soixante et soulève l'intérêt public depuis cette époque. L'introduction de projets de loi d'intérêt privé en 1974-1976 et la publication d'un livre vert par le gouvernement précédant en juin 1977 ont contribué à concentrer le débat sur les caractéristiques les plus saillantes d'une telle loi, à savoir les exceptions et le processus de contrôle des



Index

1	Objet
1	Historique
4	Exemptions
4	Généralités
6	Délais
7	Catégories d'exemptions
	a) Relations internationales,
	défense nationale et
7	sécurité nationale
	b) Communications confiden-
16	tielles du Cabinet
19	c) Opinions et avis
	d) Relations fédérales-
23	provinciales
	e) Renseignements relatifs
24	à la loi
28	f) Renseignements personnels
	g) Information d'ordre finan-
30	cièr, commercial, scienti-
	fique et technique
31	h) Exemptions d'un autre
	ordre
	Divulgateur de l'existence d'un
32	document
33	Exemptions prévues par la loi
42	Examen des plaintes
49	Questions administratives
56	Considérations financières



# LOI SUR LE DROIT D'ACCÈS À L'INFORMATION

Document de travail

Président du Conseil Privé

**ACCOPRESS®**

**NO. 2507**

<b>BF - RED</b>	<b>BY - YELLOW</b>
<b>BG - BLACK</b>	<b>BA - TANGERINE</b>
<b>BD - GREY</b>	<b>BB - ROYAL BLUE</b>
<b>BU - BLUE</b>	<b>BX - EXECUTIVE RED</b>
<b>BE - GREEN</b>	

**SEEKEY NO. 2 COLOR CODE**

**ACCO CANADIAN COMPANY LTD.**  
**TORONTO CANADA**

